UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA JURISPRUDENCE

EN MATIÈRE D'ASTREINTES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Mardi 27 Décembre 1904, à 1 heure 1/2 du soir

PAR

A. VERNEREY

AVOCAT

Président : M. EUGÈNE GAUDEMET, *professeur.*

Suffragants : M. DUVERDIER DE SUZE, *professeur.*
M. HÉMARD, *agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE REGIONALE

1904

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549808_0006

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA JURISPRUDENCE

EN MATIÈRE D'ASTREINTES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Mardi 27 Décembre 1904, à 1 heure 1/2 du soir

PAR

A. VERNEREY

AVOCAT

Président : M. EUGÈNE GAUDEMET, *professeur.*

Suffragants : M. DUVERDIER DE SUZE, *professeur.*
M. HÉMARD, *agrégé.*

ACAD. DIJON BAT. BIBL.

DIJON
IMPRIMERIE REGIONALE
—
1904

ERRATA

Page 13, note, au lieu de idurco, lisez *idcirco*.
Page 43, 5e ligne, placez un guillemet avant les mots : la nécessité.
Page 48, au lieu de Abutia, lisez *Æbutia*.
Page 51, 1re ligne, au lieu de fait-on, lisez *faisait-on*.
Page 52, 9e ligne, au lieu de iuris, lisez *juris*.
Page 52, 19e ligne, au lieu de res, lisez *reo*.
Page 58, note 1, au lieu de Ad. tit., l. VII, lisez *Ad tit. l. VII*.
Page 137, 21e ligne, au lieu de noyé, lisez *nové*.

A MES CHERS PARENTS

INTRODUCTION

Le mot « astreinte » évoque en nous une idée de contrainte. « *Astringere* », ou « *adstringere* », en latin, signifie « astreindre, obliger ».

Il est difficile de définir l'astreinte d'une façon complète avant d'avoir indiqué son évolution, ses applications, son but, sa nature, ses caractères distinctifs. A cette place, nous n'en donnerons qu'une notion élémentaire. L'hypothèse est la suivante : un débiteur se refuse à exécuter l'obligation qu'il a contractée ; il sera condamné à payer tant par jour, jusqu'à ce qu'il se décide à remplir son engagement.

L'astreinte est, dans la définition la plus générale qu'on puisse en donner, un procédé employé pour arriver à contraindre une personne à faire quelque chose. Dans un sens plus restreint, on peut dire qu'elle est un procédé employé par le juge pour arriver à contraindre un débiteur à exécuter en nature l'obligation qu'il a contractée.

Il est facile de se faire, de prime abord, une idée

de l'utilité de l'astreinte, si l'on sait que l'article 1142 du Code civil ne permet pas, pour les obligations de faire dont l'accomplissement exige l'action personnelle du débiteur, l'emploi d'une contrainte physique sur ce dernier, même dans les cas où cette contrainte pourrait aboutir à l'exécution de l'obligation.

Grâce au procédé de l'astreinte, on arrive par une voie indirecte à procurer la plupart du temps l'exécution en nature au créancier, à moins que le débiteur ne préfère sa ruine ; celle-ci pourra résulter en effet de l'élévation du taux de l'astreinte.

La jurisprudence emploie journellement le procédé de l'astreinte ; elle l'applique aux obligations conventionnelles en général, c'est-à-dire à celles qui ont pour objet des faits licites (obligations de donner, obligations de faire ou de ne pas faire) ; aux obligations légales (nous entendons par obligations légales, celles qui dérivent des rapports de famille, du mariage, de la puissance paternelle ou de la tutelle ; nous donnerons plus loin les motifs de cette dénomination) ; enfin aux obligations délictuelles, c'est-à-dire à celles qui ont pour objet des faits illicites.

L'hypothèse la plus fréquente en matière d'obligations de donner, est la remise de pièces (1) ou d'autres objets qu'on dissimule afin d'en empêcher la saisie.

En matière d'obligations de faire, citons diverses

(1) V. S., 25, 1, 65 ; D., 34, 1, 81 ; D., 42, 1, 29 ; D., 91, 1, 31.

hypothèses que nous rencontrons en feuilletant les recueils de jurisprudence : celles où il s'agit de désobstruer un puisard (1), de démolir un mur (2), de remettre en état un passage à niveau (3).

Dans ces dernières hypothèses, il s'agit d'obligations de faire dont l'accomplissement ne nécessite pas un fait personnel du débiteur, en ce sens qu'un tiers peut exécuter l'obligation comme le ferait le débiteur.

L'accomplissement d'autres obligations de faire nécessite un fait personnel de ce dernier. Citons comme exemples l'exécution des obligations qui ont pour objet de remettre une procuration notariée (4), d'exécuter une promesse de porte-fort (5), de peindre un tableau (6), de jouer un rôle (7), de rendre un compte (8), de fournir l'électricité (9).

Pour les obligations de ne pas faire, citons l'obligation de ne plus paraître sur une scène (10), celle de ne pas prendre un pseudonyme (11), celle de ne pas mettre obstacle à un droit de passage (12).

(1) V. D., 70, 2, 208.
(2) V. D., 1900, 1, 167.
(3) V. D., 89, 1, 259.
(4) V. D., 81, 1, 31.
(5) V. D., 54, 1, 297.
(6) V. D., 65, 2, 201.
(7) V. D., 54, 3, 80.
(8) V. S., 87, 1, 112 et D., 89, 1, 382.
(9) V. D., 98, 1, 289.
(10) V. D., 97, 2, 177.
(11) V. D., 59, 1, 248.
(12) V. S., 87, 1, 176.

En ce qui concerne les obligations légales, l'astreinte a été employée, par exemple, pour obtenir l'exécution de l'obligation de réintégrer le domicile conjugal (1), de celle de restituer les enfants à l'époux qui en a obtenu la garde à la suite d'un jugement de divorce ou de séparation de corps (2).

Quant aux obligations délictuelles, indiquons l'emploi de l'astreinte, par exemple, à l'obligation de ne pas contrefaire une marque de fabrique.

Nous avons donné de nombreux exemples d'emploi par les juges du procédé de l'astreinte aux obligations conventionnelles, légales et délictuelles, afin de montrer que la jurisprudence est établie. Il y a un système jurisprudentiel des astreintes : c'est ce système que nous nous proposons d'étudier.

L'astreinte est donc une véritable contrainte pécuniaire qui oblige le débiteur à s'exécuter s'il ne veut pas courir à la ruine.

De nombreux auteurs ont mis en doute la légalité de l'astreinte : d'après eux, cette dernière est contraire aux principes fondamentaux de notre droit (l'autorité de la chose jugée, par exemple ; les jugements doivent être motivés ; il n'y a pas de peine sans textes, pour ne citer que les plus importants).

Nous rechercherons s'il n'est pas possible de réfuter les différentes objections faites par la doc-

(1) V. S., 79, 1, 176.

(2) Affaire de Beauffremont, par exemple, dont nous reparlerons plus loin ; V. D., 76, 1, 407 ; — D., 76, 1, 465 ; — D., 78, 2, 1 ; — D., 78, 1, 201 et D., 78, 2, 125.

trine au système des astreintes et de donner à ce dernier une base légale.

Nous diviserons notre étude en deux parties. La première sera relative à l'analyse de la jurisprudence ; la deuxième comprendra la critique.

Il serait rationnel de commencer par faire l'historique du système des astreintes ; mais comme la partie historique constitue un des arguments essentiels qui militent en faveur de sa légalité, nous estimons qu'elle aura sa place mieux marquée dans la partie critique de notre étude.

La première partie relative à l'analyse de la jurisprudence sera entièrement descriptive ; nous rechercherons les arrêts qui ont été rendus en la matière et nous les classerons. Cette première partie sera divisée en quatre sections. Dans la première, nous indiquerons sommairement les principes qui régissent l'exécution des obligations en général, et en particulier des obligations de faire et de ne pas faire ; c'est, pensons-nous, le préambule indispensable de l'étude de l'astreinte, puisque celle-ci est un procédé servant à obtenir l'exécution des obligations.

La deuxième section sera relative à l'évolution du système des astreintes.

Dans la troisième section, nous passerons en revue ses applications aux diverses sortes d'obligations.

Nous déterminerons dans la quatrième section le but du système de la jurisprudence ; nous indiquerons aussi la nature vraie et les caractères de l'astreinte.

La seconde partie de l'étude, consacrée à la critique de la jurisprudence, comprendra quatre sections.

Dans la première section, nous énumérerons les arguments tirés du droit positif qui militent en faveur de la légalité du système des astreintes ; nous passerons successivement en revue le droit romain, l'ancien droit français, et les Codes civil et de procédure civile.

La deuxième section sera relative à l'exposé et à la réfutation des nombreuses objections faites par la doctrine à la théorie de la jurisprudence.

La troisième section aura pour objet l'exposé et la critique de diverses théories justificatives du système des astreintes (théories de MM. Labbé, Aubry et Rau, Meynial, Esmein, Leroux).

Enfin, dans la quatrième section, après avoir légitimé l'astreinte en théorie, nous essaierons de la justifier au point de vue légal.

PREMIÈRE PARTIE

Analyse de la Jurisprudence en matière d'astreintes

SECTION I

Règles sur l'exécution des obligations en général, et, en particulier, des obligations de faire et de ne pas faire.

Le procédé de l'astreinte servant à obtenir l'exécution des obligations, il nous paraît utile d'indiquer sommairement, au début de cette étude, les règles générales relatives à l'exécution des obligations.

Dans notre droit actuel, deux principes les dominent, et ces deux principes se heurtent. Ce sont les suivants : 1°) l'exécution forcée directe des

obligations est de règle (1); 2°) l'exécution ne peut avoir lieu que sur les biens, depuis la loi de 1867 portant suppression de la contrainte par corps en matière civile. Quand un droit a été reconnu en justice et qu'une condamnation est intervenue, il est nécessaire que cette condamnation soit exécutée; pour obtenir ce résultat, la loi a créé les voies d'exécution. Avant l'abolition de la contrainte par corps, ces voies d'exécution pouvaient même avoir lieu sur la personne; mais, depuis la loi du 22 juillet 1867, les seules mesures admises en matière contractuelle sont les voies d'exécution sur les biens.

Au contraire de ce qui se passe dans les législations primitives, l'exécution sur la personne nous répugne. Le décret du 9 mars 1848 avait déjà suspendu la contrainte par corps, « parce qu'il y avait violation de la dignité humaine dans cette appréciation qui faisait de la liberté des citoyens un équivalent légitime de dette pécuniaire ». Nous avons vu que la loi de 1867 l'abolit.

Le principe que toute obligation doit être exécutée en nature sera écarté chaque fois que son application nécessiterait une contrainte sur la personne. C'est le sens de la maxime : « *Nemo præcise cogi potest ad factum* », en usage dans l'ancien droit français.

Quelle est la portée exacte de cet adage? Signifie-t-il que toute obligation de faire ou de ne pas

(1) Fenet, Travaux préparatoires, t. XIII, p. 229.

faire n'est pas susceptible d'exécution forcée en nature ?

Dans l'ancien droit, Pothier ne l'applique qu'à l'obligation ayant pour objet un acte personnel du débiteur : « La maxime « *nemo potest cogi ad factum* », n'a d'application que lorsque le fait renfermé dans l'obligation est un pur fait de la personne du débiteur : comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi à me copier mes cahiers ou à me faire un fossé ; il est évident que je ne puis le faire écrire ou travailler au fossé malgré lui ; que son obligation, au cas de refus par lui de l'exécuter, doit nécessairement se résoudre en dommages-intérêts » (1).

Avec le caractère de fait personnel, Pothier exige pour l'application de la maxime, celui de fait extérieur et corporel : « La règle « *nemo*..... », et celle que les obligations « *quæ in faciendo consistunt* », se résolvent nécessairement en dommages-intérêts, ne reçoivent d'application qu'à l'égard de faits extérieurs et corporels, telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de me copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages-intérêts ; mais le fait qui est l'objet d'une promesse de vendre n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur ; il peut se suppléer par un jugement » (2).

(1) Pothier, *Traité de la vente*, t. III, p. 30.
(2) Pothier, *op. cit.*, p. 191.

Au moyen-âge, Bartole avait formulé la règle que toutes les obligations de faire sont soustraites à la condamnation « *ad rem* » : « *Quando est in obligatione rem dari, quis præcise compellitur in obligationibus autem facti, quis non præcise compellitur, sed liberatur solvendo interesse* » (1).

Il était d'usage au moyen-âge de chercher partout des distinctions et des sous-distinctions ; on essayait de rattacher au Digeste en droit, tous les principes qu'on trouvait raisonnables : on était d'avis que cet ouvrage avait tout prévu et tout résolu et on analysait soigneusement tout pour le rapporter au Digeste.

Or, on trouvait dans le droit romain, à la fois une division des obligations en obligations de faire et obligations de donner et une affirmation de Celsus que la condamnation était toujours pécuniaire dans les obligations de faire (2) ; on en conclut que les Romains n'avaient distingué les obligations de faire que pour les soustraire au principe de la condamnation « *ad rem* ».

Durant tout le moyen-âge, pour savoir si une obligation était susceptible d'exécution forcée directe, il était donc nécessaire et en même temps suffisant de rechercher si elle tendait ou non à un

(1) Bartole, sur la loi 1. *De Act. empti.*

(2) Le Digeste reproduit en effet un texte de Celsus, la loi 13, § 1, XLII, 1, où un promettant qui n'accomplit pas une obligation de faire « in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit ni omnibus faciendi obligationibus ».

transfert de propriété. C'est cette règle que le président Antoine Favre devait formuler à la fin du XVI^e^ siècle par cet adage qui en est resté l'expression : « *Nemo præcise cogi potest ad factum* » (1).

Nous voyons, d'après ce qu'écrit Pothier, que l'obligation de faire n'est pas au dix-huitième siècle ce qu'elle était au moyen-âge. A l'époque de Bartole, toutes les obligations dont l'objet n'est pas de transférer la propriété sont des obligations de faire auxquelles s'applique strictement la maxime « *Nemo præcise cogi potest ad factum* » ; sans qu'il y ait d'exception, toutes les obligations de faire échappent à cette époque à l'exécution forcée. Au contraire, à l'époque de Pothier, le domaine des obligations de faire échappant à l'exécution forcée s'est amoindri considérablement ; il ne comprend plus que les obligations dont l'objet est un fait personnel, extérieur et corporel.

Nous verrons plus loin, en étudiant l'article 1142 du Code civil, que la théorie de Pothier a passé dans notre législation actuelle.

Cette théorie n'est pas contraire aux divisions du droit romain, car, s'il est vrai que deux textes, la

(1) Antonii Fabri Rationala in secumdam partem Pandectarum, Genève 1626. Sur la loi 6, § 2, VIII, 5, p. 823 : « Nemo præcise potest cogi ad factum quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit præstatio ejus quod interest ». Et aussi sur la loi 29, IX, 4, p. 943 : « Nemo ad factum præcise cogi potest, quia id fieri nequit citra vim et impressionem, et idurco solemus dicere in obligationibus faciendi succedere præstatio ejus quod interest ».

loi 75, § 7, XLV, 1, au Digeste et le § 7 du livre III, titre XVI aux Institutes, classent les obligations en obligations de faire ou de donner, il faut remarquer que cette classification n'apparaît jamais qu'à propos d'obligations de droit strict issues d'une stipulation; elle a pour unique but de montrer que tandis que l'obligation portant sur la dation d'une chose est tantôt « *certa* » et tantôt « *incerta* », elle ne peut jamais être qu' « *incerta* », quand elle porte sur un fait ou une prestation ; elle sert seulement à rappeler que, si l'on veut dans ce dernier cas obtenir une condamnation à un « *certum* », il est nécessaire de modifier les termes de la stipulation et d'y ajouter une clause pénale.

Il est donc à peu près certain que les Romains n'ont jamais pensé à chercher dans cette classification des obligations une limitation à l'application de la condamnation « *ad rem* ».

Quant au texte de Celsus, il ne peut pas signifier que son auteur a voulu limiter la règle de la condamnation « *ad rem* », puisqu'à l'époque où il vivait, elle n'existait pas encore ; toutes les condamnations étaient pécuniaires.

Des auteurs ont émis l'opinion qu'il est impossible de contraindre directement le débiteur à faire quelque chose qu'il ne veut pas faire : « Lorsque l'obligation consiste à faire une chose, le parti pris par le débiteur de ne pas faire, oppose une force d'inertie invincible » (1).

(1) Larombière, *Obligations*, t. I, p. 531.

« La nature des choses ou dans tous les cas le respect dû à la liberté de l'homme, ne permet pas de contraindre précisément une personne à faire ce qu'elle a promis ou à s'abstenir d'un fait qu'elle s'était interdit » (1).

L'homme, dit-on, ne peut obliger que ce qu'il peut aliéner ; or, la liberté étant aujourd'hui inaliénable, il ne peut l'obliger.

Stuart Mill a résumé cette théorie quand il a dit : « Le principe de la liberté de l'homme ne peut exiger qu'il soit libre de ne pas être libre. Ce n'est pas la liberté que de pouvoir renoncer à la liberté » (2).

Il est exact que l'homme est libre ; il ne peut aliéner sa liberté en bloc. Jean-Jacques Rousseau s'est prononcé vigoureusement contre l'esclavage : « La liberté, a-t-il dit, est inaliénable. Aliéner, c'est donner ou vendre. Or un homme, qui se fait esclave d'un autre, se vend au moins pour sa substance..... Quand chacun pourrait s'aliéner lui-même, il ne peut aliéner ses enfants ; ils naissent hommes et libres ; leur liberté leur appartient, nul n'a le droit d'en disposer qu'eux... Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la

(1) Demante et Colmet de Santerre, p. 85, article 1142, section III, § 59, livre 5.

(2) Stuart Mill, *Liberté*, p. 187.

nature de l'homme ; et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté » (1).

Jean-Jacques Rousseau a raison de repousser loin de tous les esprits la conception de l'esclavage ; mais nous pensons qu'il faut distinguer entre le respect de la personne humaine, dont la violation aboutit à l'établissement de l'esclavage, et la possibilité de contracter une obligation.

La théorie d'après laquelle il est impossible de contraindre directement le débiteur à faire quelque chose qu'il ne veut pas faire arrive à faire dire que toute obligation est nulle, comme ayant un objet impossible, puisqu'elle contient une aliénation de la liberté qui est inaliénable : elle est du reste aujourd'hui à peu près abandonnée.

D'après une autre théorie, la liberté est également inaliénable ; toutefois si l'homme est libre de ne pas remplir ses engagements, il doit du moins en supporter les conséquences. Cette thèse est celle de Laurent. Toutes les obligations, ayant un objet impossible, sont converties en obligations à des dommages-intérêts. Nous la repoussons pour les raisons suivantes : d'une part, elle proclame la liberté inaliénable ; d'autre part, en décidant qu'il y a des obligations à des dommages-intérêts, elle attente à cette liberté qu'elle proclame inaliénable ; elle est donc en contradiction avec elle-même.

(1) J.-J.-Rousseau, t. III, L. I, Chap. 3, p. 309.

Du reste, avec cette manière de voir, toutes les obligations ou à peu près toutes devraient être converties en dommages-intérêts ; toutes les condamnations seraient pécuniaires. Or, aujourd'hui, la règle de la condamnation « *ad rem* » est générale. Force est donc d'abandonner cette théorie.

Suivant un autre système de l'inviolabilité de la liberté humaine, moins absolu que le précédent, si on ne peut exercer une action directe sur la liberté, on peut du moins obliger les produits de son activité : la propriété.

Nous pensons qu'il est exagéré de dire que la liberté est inaliénable ; par le seul fait qu'il vit en société, qu'il s'engage à ne pas faire de mal à son prochain, et à respecter ses semblables en eux-mêmes et dans leur activité, l'homme aliène sa liberté (1).

Du reste, dans cette théorie de l'inaliénabilité de la liberté, on reconnaît qu'on peut renoncer à la liberté de jouir ou de disposer d'un bien : or ce fait n'est-il pas lui-même une atteinte directe à la liberté de l'homme ?

Nous arrivons donc à cette conclusion que la liberté est aliénable en ce sens qu'on peut la mettre à la disposition d'autrui ; le débiteur ayant fait une promesse, le créancier a un droit acquis à son exécution. Ce qu'on doit rechercher, c'est l'exécution en nature de l'obligation.

(1) En ce sens, V. M. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. I, n° 17-24, 30-39.

L'exécution forcée directe sera possible sans exercer une contrainte sur la personne et au moyen d'une simple action sur les biens : 1°) pour les obligations dont l'objet est un bien actuellement existant dans le patrimoine du débiteur. Le créancier exerçant une action sur le bien de celui-ci, et voyant qu'il s'oppose à l'exercice de l'action, pourra recourir à la force publique, faire exécuter l'obligation « *manu militari* », car l'exécution est dirigée en réalité non contre la personne, mais contre le bien, et employer la violence contre cette personne qui s'oppose à l'exercice du droit n'est pas la contraindre ; 2°) pour les obligations dont l'objet est un acte pouvant être accompli par un autre que le débiteur. Cette hypothese est prévue par l'article 1144 du Code civil ; 3°) quand il s'agit de détruire ce qui a été fait par contravention à l'obligation. L'article 1143 est relatif à cette hypothèse ; 4°) l'exécution forcée directe peut encore être obtenue sans exercer une contrainte sur la personne, en vertu d'une fiction de la loi, en réputant manifesté le consentement promis par le débiteur ; c'est ce qui arrive, par exemple, pour les promesses de vente, de bail, d'hypothèque.

Hors des cas ci-dessus énumérés, l'exécution forcée directe est impossible sans exercer une contrainte sur la personne. Cette contrainte s'exerce directement ou indirectement. Notre étude a pour objet une des voies de contrainte indirecte, l'astreinte.

SECTION II

Evolution du système des astreintes.

La pratique a fait une large application de l'astreinte ; nous le verrons en étudiant la marche suivie par la jurisprudence dans son évolution, les étapes successives qu'elle a franchies.

Elle a commencé par impartir au débiteur un délai pour l'inciter à l'exécution et par prononcer en même temps une condamnation à un équivalent pour le cas où il ne se déciderait pas dans le délai : c'est la condamnation « *in futurum* » par chaque jour de retard.

La doctrine reconnaît au juge le droit de condamner à l'avance à des dommages-intérêts, à condition que la somme que le débiteur doit payer représente réellement le dommage que le créancier souffrira (1).

Si, le délai étant expiré, le débiteur offre l'exécution, rationnellement le créancier ne peut être contraint de l'accepter. Cependant, le magistrat qui, par la fixation du délai, a ainsi apporté un obstacle

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXIV, n° 496 ; — Laurent, *Droit civil*, n° 299 ; — *Pandectes françaises*, v° Obligations, sur l'article 1142 ; — V. aussi Leroux, *Les Astreintes*, Thèse, Paris, 1902, p. 136 et suivantes.

à l'exécution en nature de l'obligation, peut regretter d'avoir agi de la sorte. Sous l'influence de cette idée, la jurisprudence, par faveur pour l'exécution, reconnut au délai imparti un caractère comminatoire, quand ce délai n'était pas de rigueur (1).

D'autre part, le juge qui prononce une condamnation « *in futurum* » s'est peut-être trompé dans l'évaluation du préjudice ; il en a peut-être exagéré le taux ; l'équité exige que la sentence soit modifiée ; d'où la pratique des jugements comminatoires : ils ordonnent de faire dans un certain délai et à cet ordre, ils apportent une sanction révocable qui ne sera pas encourue, si le débiteur se conforme à l'ordre.

Seul, au début, le délai était comminatoire ; les magistrats attribuèrent aussi le caractère comminatoire à la condamnation pécuniaire dans un arrêt de la Cour de Cassation du 28 décembre 1824 (2). Il s'agissait d'une remise de pièces. La Cour de Paris avait réduit des dommages-intérêts prononcés faute de remettre ces pièces, sous le prétexte que le retard apporté dans leur remise était en grande partie le fait du créancier. Il y eut pourvoi. La Cour de Cassation le rejeta : « Attendu que la condamnation de 10 francs par chaque jour de retard dans la remise des pièces prononcée contre D... par

(1) V. Arrêts de Rennes, 5 janvier 1812 ; 20 janvier 1813 ; 26 février 1816, et arrêts de Cassation : 1er avril 1812 ; 9 février 1825, dans Dalloz, *Répertoire*, vo Chose jugée, no 386.

(2) V. Cassation, 28 décembre 1824 (S., 1825, 1, 166 ; — D., 25, 1, 141).

l'arrêt du 7 avril 1821 n'est essentiellement que présomptive et comminatoire..... Rejette... »

Dans l'arrêt de 1824, la Cour de Cassation approuve la revision d'une condamnation sous le seul prétexte qu'elle était exagérée : la condamnation pécuniaire est réduite au préjudice éprouvé.

L'exagération des dommages-intérêts n'apparaît que dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 10 juillet 1832 (1).

Les juges ont pensé que dès l'instant que les dommages-intérêts étaient comminatoires, il n'y avait aucun inconvénient à en exagérer le taux : de cette manière le débiteur réfléchirait et peut-être exécuterait-il en nature. L'arrêt du 10 juillet 1832 considère la condamnation à des dommages-intérêts comme une « disposition pénale » prononcée à titre de contrainte. Les dommages-intérêts sont donc employés comme « moyen de contrainte », comme « moyen coercitif » (2).

Dans l'arrêt de 1832, les dommages-intérêts sont exagérés, mais on n'y trouve pas l'idée de châtier la désobéissance du débiteur qui n'a pas exécuté l'ordre du juge.

En 1841, nous trouvons un arrêt de la Cour de Cassation (3) qui donne trois raisons qui ont permis aux juges de rapporter la condamnation aux dommages-intérêts. Il s'agissait d'une remise de pièces

(1) V. Dalloz, *Répertoire*, v° Chose jugée, n° 388.
(2) V. Cass., 4 juin 1834 (S., 35, 1, 139).
(3) V. Cass., 22 novembre 1841 (S., 42, 1, 170).

portées sur un inventaire, qui avait été ordonnée en 1810 par un jugement. Un second jugement de 1811, confirmé en appel, répétait cet ordre, et prononçait 15.000 francs de dommages-intérêts pour tenir lieu des titres et pièces, si ceux-ci n'étaient pas représentés dans le délai fixé. Longtemps après, la partie qui avait été ainsi condamnée fit des offres réelles de la représentation et remise des pièces ; elles furent refusées et l'affaire vint, sous cette forme, devant la Cour qui avait rendu le dernier arrêt. Elle déclara les offres valables, et déchargea ceux qui les faisaient des 15.000 francs de dommages-intérêts, attendu que le retard dans la remise n'avait causé aucun préjudice aux ayants-droit. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi par un arrêt du 22 novembre 1841 : « Sur le premier moyen (Violation de l'article 1351 du Code civil) ; — Considérant qu'il faut distinguer entre « *ordinatoria et decisoria judicia;* — Considérant que le jugement de 1810 avait mis à la charge des défendeurs éventuels la représentation dans un délai déterminé des pièces inventoriées sous le n° 12; — Considérant que la principale disposition de celui de 1811, confirmé par arrêt, ordonnait que le jugement de 1810 continuerait à être exécuté dans sa forme et teneur et prononçait des dommages-intérêts pour tenir lieu des titres par voie de contrainte ; que, sur les offres réelles de la représentation et remise des pièces réclamées, la Cour a été saisie de la question de validité ; que, dans cet état de choses et d'après les

principes de droit, les défendeurs, s'ils remettaient intégralement les pièces, pouvaient être déchargés des condamnations prononcées par voie de contrainte et que la Cour, en exigeant la remise intégrale, et en déclarant qu'elle avait eu lieu, a pu déclarer les offres satisfactoires, sans violer l'autorité de la chose jugée; — Considérant en fait que la Cour royale a déclaré que les demandeurs n'avaient pas établi que les pièces, objet des offres, n'étaient pas celles réclamées; que les pièces étaient intégrales, et que le retard apporté par la remise n'avait causé aucun préjudice; qu'ainsi ce moyen n'est pas fondé ».

Les juges ont donc rapporté la condamnation aux dommages-intérêts parce que 1°) cette condamnation n'a été prononcée que comme moyen de contrainte; 2°) il n'y avait dans l'hypothèse aucun préjudice causé par le retard dans l'exécution; 3°) au point de vue des principes, il faut, quant à l'autorité de la chose jugée, distinguer entre deux sortes de décisions judiciaires, que l'arrêt appelle les « *judicia decisoria* » et les « *judicia ordinatoria* ».

Nous aurons plus loin à revenir sur cet arrêt; nous expliquerons la signification de ces termes « *judicia decisoria* » et « *judicia ordinatoria* ».

C'est seulement avec l'arrêt de la Cour de Douai du 5 décembre 1849 (1) qu'on trouve l'idée de sanctionner par une condamnation pécuniaire la désobéissance à l'ordre donné par le juge. Les dom-

(1) V. Douai, 5 décembre 1849 (D., 50, II, 65).

mages-intérêts servent à châtier celui qui n'exécute pas : « Attendu, dit l'arrêt, que la disposition d'un jugement « qui punit pour l'avenir d'une peine l'infraction à une prohibition qu'il prononce » n'a ni le caractère ni les effets d'une condamnation définitive et irrévocable ; — que le juge qui a fait la défense peut être appelé à examiner s'il y a eu ou non désobéissance à ses ordres, et décider sans porter atteinte à la chose jugée, que le cas prévu ne s'étant pas réalisé, « la peine n'est pas encourue... »

Dans cette affaire, il s'agissait de la défense faite à un sieur T... de se servir d'un terrain dont il n'était pas propriétaire : la Cour de Douai avait à statuer sur une condamnation à une véritable peine de cinq francs par jour de contravention à une obligation de ne pas faire. Elle décida que le juge peut statuer en vue d'une faute future, et que si cette dernière ne se produit pas, la peine ne sera pas encourue : la peine est comminatoire.

Mais comment, dira-t-on, reconnaître que l'intention du premier juge a été de donner à sa décision un caractère définitif ou un caractère comminatoire? La Cour de Douai (1) avait admis d'abord que la condamnation à des dommages-intérêts par jour de retard devait être présumée comminatoire jusqu'à preuve contraire. La Cour de Cassation, par un arrêt du 24 janvier 1865 (2), admit que la condamnation à une astreinte devait être réputée défi-

(1) V. Douai, 17 novembre 1862 (D., 65, 1, 226).
(2) V. Cass., 24 janvier 1865 (S., 65, 1, 84).

nitive, tant qu'on ne rapporte pas la preuve que l'intention du juge a été qu'elle fût pénale et comminatoire. Il s'agissait d'une condamnation destinée à obtenir d'un avoué la remise de grosses; un délai avait été imparti pour cette remise par le jugement du tribunal d'Arras; ce jugement condamnait le débiteur à 25 francs de dommages-intérêts par jour de retard en cas d'inexécution dans le délai. Il y eut appel. La Cour de Douai confirma le jugement. Au moment où les créanciers réclamèrent son exécution, le débiteur offrit les pièces et refusa de payer les dommages-intérêts, sous prétexte qu'ils n'étaient dûs qu'en cas d'inexécution. Le tribunal d'Arras et la Cour de Douai ordonnèrent la continuation des poursuites, sous prétexte qu'il y avait chose jugée. Un pourvoi fut formé; la Cour de Cassation le rejeta : « Attendu que la condamnation accessoire en dommages-intérêts a été maintenue par l'arrêt du 12 août 1861, dans les conditions établies par le jugement que « la décision est définitive, absolue et exclusive de toute distinction..... »

Ainsi, la présomption première était renversée : la condamnation à une astreinte est réputée définitive, tant qu'on ne fait pas la preuve de l'intention manifeste du juge de la considérer comme pénale et comminatoire.

La Cour de Cassation confirma sa manière de voir en 1874 et en 1888 (1).

(1) V. Cass., 14 juillet 1874 (D., 75, 1, 460) et 7 novembre 1888 (D., 89, 1, 259).

La jurisprudence des Cours d'appel hésite entre les deux présomptions : beaucoup d'entre elles admettent la présomption en faveur du caractère comminatoire (1).

D'après un arrêt de la Cour de Cassation du 8 novembre 1864 (2), lorsque le juge a condamné à des dommages-intérêts par jour de retard pour assurer l'exécution de sa décision, il a un pouvoir souverain pour statuer plus tard sur le point de départ de ces dommages-intérêts, sur l'époque à laquelle ils doivent s'arrêter, sur leur réductibilité, sur leur indivisibilité, au cas où la condamnation ne serait plus susceptible que d'une exécution partielle.

L'arrêt précité résout en outre la question de l'effet de l'appel sur le cours des dommages-intérêts. L'hypothèse est la suivante : un jugement condamne un débiteur à des dommages-intérêts par jour de retard passé un délai. Il y a appel du jugement. L'arrêt confirme. Le point de départ des dommages-intérêts sera-t-il l'expiration du délai fixé par le jugement ou celle du délai fixé par l'arrêt? L'arrêt de 1864 décide que les dommages-intérêts courent à partir du jour fixé par le jugement. Le raisonnement qu'on y trouve est le suivant : lorsqu'un appel de jugement est rejeté, le jugement doit pro-

(1) V. D., 70, II, 208 et 75, II, 31.

(2) V. Cass., 8 novembre 1864 (D., 65, 1, 388) ; — V. aussi Cass., 25 novembre 1884 (D., 85, 1, 399).

duire tous les effets qu'il aurait produits s'il avait été définitif et cela à la date fixée par lui (1).

La plupart des Cours d'Appel admettent une solution contraire à celle de la Cour de Cassation (2) : il ne faut pas, lit-on dans les arrêts, paralyser le droit d'appel, ce qui arrive dans la théorie de la Cour de Cassation à raison de l'accumulation des dommages-intérêts.

Jusqu'à l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 juillet 1889 (3), le cours de l'astreinte avait une durée illimitée. La décision condamnant le débiteur à des dommages-intérêts par jour de retard ne fixait pas le moment où l'astreinte cesserait de courir. L'arrêt de 1889 innova en ce sens. Il rejeta un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris, qui décidait que « l'astreinte de 20 francs par chaque jour de retard ne courra que pendant deux mois à partir de la signification du présent arrêt, après quoi il sera fait droit ».

A l'échéance du délai ainsi fixé, il sera fait droit aux conclusions du demandeur.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 8 juin 1896 (4) décide que le taux de l'astreinte peut être élevé

(1) V. aussi Cass., 15 novembre 1881 (D., 82, 1, 134).

(2) V. Dijon, 25 janvier 1878 (D., 78, II, 37). — Aussi Paris, 1er avril 1882 (D., 82, II, 229).

(3) V. Cass., 29 juillet 1889 (D., 91, 1, 31); — V. aussi D., 78, II, 125 (cet arrêt est relatif à l'affaire de Beauffremont que nous résumerons plus loin, bien qu'elle n'offre plus actuellement qu'un intérêt historique depuis la loi du 5 décembre 1901 dont nous aurons à parler).

(4) V. Cass., 8 juin 1896, *Pandectes françaises*, 97, 1, 95.

dans un second jugement. L'hypothèse est la suivante : un débiteur a été condamné à des dommages-intérêts par jour de retard; le jugement a fixé un délai au cours de l'astreinte; le débiteur n'exécutant pas à l'expiration de ce délai, il semblerait rationnel que le juge prononçât une condamnation définitive; l'arrêt de 1896 décide qu'il pourra assigner un nouveau délai (1). L'astreinte sera plus forte que la première qui n'a pu triompher de la résistance du débiteur. Celui-ci sera donc contraint à l'exécution en nature s'il veut échapper à la ruine.

Trois arrêts de la Cour de Cassation de 1900, 1901 et 1902 montrent que la jurisprudence continue d'appliquer énergiquement la théorie des astreintes.

Dans l'arrêt du 18 juillet 1900 (*Journal du Palais*, 1902, 1re partie, page 13), nous lisons ce qui suit : « Attendu que les tribunaux peuvent ajouter une clause pénale à leurs jugements, en prévision des cas où ils ne seraient pas exécutés... »

Dans l'arrêt du 8 janvier 1901 (*Journal du Palais*, 1re partie, page 285), nous lisons : « Il n'y a pas de décision par voie de disposition générale et réglementaire prohibée par l'article 5 du Code civil dans l'arrêt qui, en faisant défense au co-propriétaire d'une cour commune de stationner ou faire stationner dans ladite cour dans certaines conditions

(1) V. aussi Cass., 11 mai 1898, *Pandectes françaises*, 99, 1, 45.

spécifiées, le condamnait à payer « par chaque contravention une somme déterminée »; une telle sanction qui laisse place à tous les débats ultérieurs sur la réalité et la gravité de chaque contravention n'a qu'un « caractère comminatoire ».

Dans l'arrêt du 25 novembre 1902 *(Pandectes françaises*, 1903, 1re partie, p. 522), il s'agissait d'une remise de pièces ordonnée par le tribunal des Sables-d'Olonne, jugeant commercialement; aucune sanction n'était insérée dans le jugement. Le créancier assigna son adversaire devant le tribunal civil pour voir dire qu'il serait tenu d'opérer la remise « dans les 48 heures du jugement à intervenir, à peine de 1.000 francs par chaque jour de retard ». Le tribunal fit droit aux conclusions du demandeur. Il y eut appel. Le jugement fut confirmé. Un pourvoi fut formé, à la suite duquel les arrêts de la Cour de Poitiers des 26 juillet 1897 et 24 juillet 1899 furent cassés, non pour des motifs concernant l'astreinte (ce qui montre bien qu'en l'espèce, la Cour de Cassation approuvait l'emploi de cette dernière), mais parce que « le préjudice dont l'astreinte est la représentation dérivait, dans l'espèce, d'une cause commerciale; que c'était donc au tribunal de commerce seul qu'il appartenait d'en connaître..... » Remarquons que cet arrêt envisage l'astreinte comme la représentation du préjudice.

Telle est l'évolution de la théorie des astreintes. La jurisprudence commença par prononcer des

condamnations à des dommages-intérêts pour l'avenir et par jour de retard; ensuite prit naissance la pratique des jugements comminatoires. Le principe des astreintes fut établi le jour où il fut admis qu'une condamnation à des dommages-intérêts par jour de retard serait considérée comme comminatoire.

Nous avons exposé l'évolution de la théorie des astreintes depuis la confection du Code civil, car c'est depuis l'époque où ce dernier fut promulgué qu'elle se développa d'une façon rationnelle et continue; mais nous verrons plus loin que dans notre ancien droit les juges pratiquaient l'astreinte.

L'astreinte est prononcée par la jurisprudence tantôt à titre de réparation, tantôt à titre de peine, pour punir la désobéissance du justiciable aux ordres du magistrat.

La condamnation peut être ferme et définitive ou purement comminatoire et sujette à révision (1). S'il y a lieu de rechercher plus tard quel est celui des deux caractères que présentait la condamnation, les juges du fait statuent à cet égard avec un pouvoir absolu d'interprétation.

Ce rapide exposé historique de l'évolution de la théorie des astreintes permet de déterminer les principaux caractères de l'astreinte : celle-ci est une condamnation à telle somme d'argent, pour

(1) V. Cass., 7 novembre 1888 (D., 1889, 1, 259). — S., 1890, 1, 457.

l'avenir, fixée à tant par jour (ou par mois, ou par trimestre, ou par semestre, ou par année) de retard, ayant pour but l'exécution en nature de l'obligation, dépassant le préjudice réel, prononcée tantôt à titre de réparation d'un préjudice, tantôt à titre de peine, afin de vaincre la résistance du débiteur ou de châtier la désobéissance aux ordres du juge, — condamnation sur laquelle ce dernier peut revenir en cas d'inexécution.

SECTION III

Applications du système des astreintes.

Nous étudierons dans quatre paragraphes l'application de la théorie des astreintes aux obligations de donner, aux obligations conventionnelles ayant pour objet un fait (personnel ou non personnel), aux obligations légales et aux obligations délictuelles.

§ I^er^. — *Obligations de donner.*

Dans les obligations de donner, la jurisprudence applique habituellement l'astreinte, lorsque l'objet de l'obligation est facile à dissimuler, par exemple, lorsqu'il s'agit de pièces. L'arrêt de Metz de 1824 (1) est un exemple typique. Citons aussi l'arrêt de 1841 que nous avons déjà mentionné et sur lequel nous aurons à revenir, qui fait la distinction entre « *decisoria judicia* » et « *ordinatoria judicia* ».

Nous n'insistons pas sur l'application de la théorie des astreintes aux obligations de donner, car ces dernières sont le plus souvent susceptibles d'exécution forcée directe.

(1) V. S., 1825, 1, 65.

§ II. — *Obligations conventionnelles ayant pour objet un fait (personnel ou non personnel).*

Dans les obligations conventionnelles ayant pour objet un fait personnel, la majorité des arrêts n'emploie pas l'astreinte au cas de refus formel du débiteur d'exécuter son obligation ; elle prononce une condamnation à des dommages-intérêts fixés en bloc et déterminés une fois pour toutes, ainsi que le montre un arrêt de la Cour de Cassation du 26 juillet 1854 (1) ; il s'agissait de la promesse de rapporter une ratification dans un délai, à peine d'une contrainte de 5 francs par jour de retard. La Cour d'appel confirme. Un pourvoi est formé ; il est rejeté sous prétexte que le refus d'exécuter n'a pas été allégué.

La Cour de Paris adopta la même solution dans l'affaire Rosa Bonheur (2). Après avoir promis de peindre un tableau, Rosa Bonheur refusa formellement d'exécuter sa promesse. Le tribunal lui accorda un délai pour le faire et prononça une condamnation à 20 francs par jour de retard en cas d'inexécution dans le délai. La Cour de Paris considéra qu'en présence du refus formel de Rosa Bonheur, ce n'était pas une astreinte qu'il fallait prononcer, mais une condamnation fixe et définitive à des dommages-intérêts ; elle condamna Rosa Bonheur à 4.000 francs de dommages-intérêts.

(1) V. Cass., 26 juillet 1854 (S., 55, 1, 33), (D., 54, 1, 297).
(2) V. D., 65, II, 201 ; — S., 65, II, 233.

La Cour de Paris statua de même dans l'affaire de la tragédienne Rachel ; celle-ci s'étant refusée à jouer une pièce de M. Legouvé dont elle avait promis d'interpréter un rôle fut condamnée à 5.000 francs de dommages-intérêts (1).

S'il y a seulement retard dans l'exécution, la jurisprudence emploie la condamnation à des dommages-intérêts par jour de retard.

Pour les obligations conventionnelles autres que celles à un fait personnel, la jurisprudence ne fait pas de distinction entre le refus et le retard. Dans les deux cas, les tribunaux prononcent des condamnations par jour de retard (2).

§ III. — *Obligations légales.*

La jurisprudence a pratiqué les astreintes pour les obligations légales. L'exécution de ces obligations touche de près ou de loin à l'ordre public ; elles règlent en général les rapports de l'individu avec la société (par exemple les obligations d'accomplir le service militaire, de payer l'impôt), mais aussi quelquefois ceux des particuliers entre eux quand l'ordre public est en jeu (obligations qui dérivent des rapports de famille, du mariage, de la puissance paternelle ou de la tutelle). Ces obligations touchent à l'organisation de la famille ; par conséquent, à

(1) Cour de Paris, 3 mars 1855 (S., 55, II, 410).

(2) Pau, 24 décembre 1883 (D., 85, II, 221) ; — Cour de Paris, 2 décembre 1893 *(Pandectes françaises,* 99, 1, 337).

l'ordre public, à la société : seules, les dernières obligations nous intéressent.

Les deux cas les plus fréquents d'application de l'astreinte aux obligations légales par la jurisprudence sont relatifs à la réintégration du domicile conjugal par l'époux qui l'a abandonné, et à la remise des enfants à la personne à laquelle leur garde a été confiée à la suite d'un jugement prononçant le divorce ou la séparation de corps.

Pour l'abandon du domicile conjugal, longtemps la jurisprudence a admis l'emploi de la « *manus militaris* » pour faire réintégrer à la femme le domicile conjugal. Mais la force publique employée dans ces circonstances ne pouvait donner de résultat qu'autant que le mari eût pu tenir sa femme en charte privée, la séquestrer; et comme ce traitement ne pouvait être imposé à cette dernière, parce qu'il est contraire à la dignité humaine, il s'ensuivait que la femme, ramenée au domicile conjugal par l'emploi de la force publique, y conservait une certaine liberté dont elle profitait pour s'échapper; elle le faisait d'autant plus volontiers qu'on l'avait humiliée, en se servant à son égard de la « *manus militaris* » pour lui faire réintégrer ce domicile conjugal. Elle se vengeait en le désertant une seconde fois.

Le moyen employé pour sanctionner l'obligation de la femme de cohabiter avec son mari étant inefficace, les décisions de la jurisprudence ont alors usé successivement des modes de contrainte

suivants : la saisie des revenus, l'envoi en possession, le séquestre et l'astreinte.

En ce qui concerne la saisie des revenus, aucun texte ne l'autorise chez nous, et cependant la doctrine reconnaît la légalité des décisions de la jurisprudence à ce sujet : c'est que dans la discussion de l'article 214 du Code civil au Conseil d'Etat, il fut décidé, au sujet de la question de la sanction de l'obligation de la femme, que « toutes ces difficultés devaient être abandonnées aux mœurs ou aux circonstances » (1). La jurisprudence a tiré de là un droit absolu pour elle d'employer telle sanction qu'elle jugerait bonne.

Pour notre part, nous pensons que les mots prononcés dans la discussion au Conseil d'Etat peuvent s'entendre aussi bien dans le sens d'une sanction purement morale que dans le sens d'une répression consistant à saisir les revenus de la femme.

Du reste, cette dernière mesure rendra un rapprochement entre les deux conjoints très difficile; pour cette dernière raison, les juges devraient éviter de s'en servir (2).

Les observations que nous avons faites à propos de la saisie des revenus de la femme sont applicables au cas d'envoi en possession et au cas de séquestre.

L'envoi en possession ne se rencontre chez nous qu'en cas d'absence déclarée. Il nous semble qu'il

(1) Fenet, IX, p. 79.

(2) Paris, 27 janvier 1855 (D., 55, 2, 208); — Colmar, 10 juillet 1833 (D., 34, 2, 106).

n'y a aucun rapport entre cette hypothèse et celle où une femme a quitté le domicile conjugal. Quel serait en ce cas le droit du mari ? Les arrêts gardent le silence sur cette question (1).

Quant au séquestre, pour en justifier la nomination, on trouve cette idée que la femme a résisté aux ordres de la justice ; elle a engagé la lutte avec la loi ; pour la vaincre, il faut la priver des moyens de vivre ; il faut mettre en séquestre ses biens (2).

Ces mesures (saisie des revenus, nomination de séquestre) sont appliquées par la jurisprudence seulement quand il s'agit de sanctionner l'obligation de la femme de réintégrer le domicile conjugal. Elle ne s'en sert pas lorsque le mari a quitté le domicile conjugal et qu'il s'agit de le lui faire réintégrer.

Les juges ont aussi employé l'astreinte comme moyen de vaincre la résistance de la femme. Celle-ci sera condamnée envers son mari à tant de dommages-intérêts par jour de retard, tant qu'elle n'aura pas réintégré le domicile conjugal (3).

En ce qui concerne la garde des enfants, l'affaire de Beauffremont est la plus typique du genre : à ce titre, nous la résumerons brièvement :

Une instance en séparation de corps s'était terminée par un arrêt de la Cour de Paris prononçant la séparation de corps entre le prince et la princesse de Beauffremont, et confiant la garde des deux filles

(1) Riom, 13 août 1810, DALL. Rép., v° Mari, n° 759.
(2) 22 prairial an XIII, Tribunal de la Seine.
(3) 26 juin 1878 (S., 79, 1, 176).

issues du mariage à la mère (1). Mme de Beauffremont se fait naturaliser en Allemagne et se remarie (la loi allemande, en l'espèce celle du duché de Saxe-Altenbourg admettant de plein droit la transformation des jugements de séparation de corps des tribunaux étrangers en jugements de divorce). Le prince, en se fondant sur ces deux faits, réclame la garde des deux filles. Un jugement du tribunal civil de la Seine du 7 avril 1876 déclare que la mère n'aura plus la garde des deux filles ; celles-ci devront être placées à la diligence de leur père dans un couvent ; le jugement autorise en outre le prince à saisir-arrêter les revenus de sa femme et nomme un séquestre. La princesse fait appel, et un arrêt du 7 août 1876 (2) « Dit qu'il n'y a lieu de maintenir la saisie-arrêt des revenus et le séquestre ; dit toutefois que faute d'avoir remis les enfants au prince de Beauffremont dans la quinzaine..., la princesse est, dès à présent, condamnée à lui payer pour chaque jour de retard... savoir 500 francs pendant le premier mois et 1,000 francs pendant le second mois ; passé le délai de deux mois, à défaut d'exécution, il sera par la Cour fait droit définitivement ».

La princesse ne remit pas les enfants ; le délai de deux mois écoulé, la Cour statua à nouveau par un arrêt du 13 février 1877 en décidant que « faute par la princesse de Beauffremont d'avoir remis leurs

(1) Paris, 1er août 1874 (D., 76, 1, 407).
(2) V. D., 78, II, 125.

enfants communs au prince de Beauffremont dans la quinzaine de la signification du présent arrêt, elle demeure dès à présent condamnée à lui payer la somme de 1,000 francs par chaque jour de retard dans l'exécution... »

L'arrêt du 7 août 1876 décidait : « Qu'en réduisant à de simples dommages-intérêts la sanction que demandait le prince, il convenait de la proportionner à la résistance de la princesse, au dommage à réparer et à l'importance des revenus ».

Remarquons que cette affaire de Beauffremont n'a actuellement qu'un intérêt historique depuis la loi du 5 décembre 1901 qui a donné satisfaction à la jurisprudence en transformant la contrainte civile en une contrainte pénale dans un cas particulier : dans le cas de séparation de corps ou de divorce, les parents contre lesquels le jugement a été prononcé, doivent remettre leurs enfants à qui de droit sous peine d'une sanction pénale.

Cette loi ajoute le texte suivant à l'article 357 du Code pénal : « Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice provisoire ou définitive, au cours ou à la suite d'une instance en séparation de corps ou de divorce, ou dans les circonstances prévues par les lois des 24 juillet 1889 (1) et 19 avril 1898 (2), le père ou la mère

(1) La loi du 24 juillet 1889 est relative à la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

(2) La loi du 19 avril 1898 a pour objet la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants.

qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer, ou qui, même sans fraude ou violence l'enlèvera et le détournera, ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de seize francs (16 fr.) à cinq mille francs (5.000 fr.). Si le coupable a été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans ».

Ce texte a une double portée : il vise deux cas différents : 1°) le cas où la garde des enfants a été attribuée à l'un des époux par une décision de justice, soit pendant le cours, soit à la suite d'une séparation de corps ou d'un divorce; 2°) le cas où l'époux a été déchu de la puissance paternelle et privé du droit de garde.

Signalons une application de cette loi dans un jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 27 fév. 1902. *(Le Droit,* 16 mars 1902) : un père fut condamné pour avoir refusé de conduire ses enfants chez leur grand'mère, ainsi qu'il avait été jugé.

§ 4. — *Obligations délictuelles.*

La jurisprudence applique encore les astreintes aux obligations délictuelles : ce sont les obligations qui sont la conséquence de la responsabilité civile du délinquant. Par exemple, en matière de contre-

façon, de marque de fabrique, les tribunaux ont sanctionné civilement la défense qu'ils font de faire usage à l'avenir d'une marque de fabrique (1).

Après avoir examiné les cas d'application de la théorie des astreintes par la jurisprudence, il n'est guère possible de donner une formule qui permette de dire : dans tel cas la jurisprudence emploiera l'astreinte ; dans tel autre cas, elle ne l'emploiera pas. Ce n'est guère possible, parce que les juges ont fait de l'astreinte l'emploi le plus variable.

Toutefois nous pouvons dire qu'il est une hypothèse où on n'emploie pas l'astreinte ; c'est celle où l'exécution de l'obligation est devenue impossible (2).

Théoriquement, on pourrait dire : on ne doit pas employer l'astreinte d'une part quand l'exécution de l'obligation est devenue impossible (par exemple à la suite d'un cas de force majeure) ; d'autre part quand, bien que l'exécution en nature de l'obligation fût encore possible, cette exécution en nature exigerait l'emploi de moyens de contrainte sur la personne.

(1) Paris, 29 décembre 1852 (D., 53, II, 163). — Aussi Montpellier, 30 avril 1849 (J. Pal., 50, 1, 337).

(2) V. Cass., 11 mai 1898 (D., 99, 1, 310).

SECTION IV

But véritable du système des astreintes et détermination de la nature de l'astreinte.

L'astreinte a pour but d'exercer une pression sur la volonté du débiteur de façon à obtenir de lui l'exécution en nature de l'obligation qu'il a contractée. Un arrêt du 1er décembre 1897 (1) est significatif à cet égard : il prononce une condamnation à 10.000 francs par jour de retard, pour la privation de la lumière électrique. Il est évident que la jurisprudence veut à tout prix (cet arrêt le montre), arriver à l'exécution de l'obligation.

L'aperçu historique de l'évolution de la jurisprudence nous a fait voir qu'elle emploie l'astreinte tantôt comme un mode de réparation d'un dommage, tantôt comme un moyen de contrainte. L'idée de réparation d'un dommage a été introduite à tort, pensons-nous, dans la théorie des astreintes. Les dommages-intérêts ont pour but la réparation d'un préjudice ; au contraire, l'astreinte doit être uniquement un moyen de contrainte destiné à obtenir du débiteur l'exécution qui est le vœu de la loi et le but

(1) V. D., 1898, 1, 289.

idéal de la sanction. Beaucoup d'arrêts sont en ce sens : d'après leur contenu, l'astreinte est « un moyen coercitif » (1), un « procédé de contrainte destiné à triompher des résistances obstinées et injustes » (2), la nécessité de vaincre la résistance du débiteur qui devient elle-même un tort plus grave » (3).

Nous sommes d'avis qu'il faut faire une distinction bien nette entre la théorie des dommages-intérêts et celle des astreintes. Elles ont des points communs, nous le reconnaissons. Dans les deux cas, l'obligation est imposée par la justice et non exécutée. On aboutit dans les deux cas au paiement d'une somme d'argent. Mais une différence radicale les sépare : l'astreinte a pour cause et fin de vaincre la résistance du débiteur ; l'importance de la sanction doit être proportionnée à l'intensité de la résistance ; elle doit être d'autant plus grande que la fortune du débiteur est plus considérable ; sinon la contrainte sera nulle; l'astreinte manquera son but (4). Celle-ci peut être employée sans qu'aucun préjudice ait été subi ; bien plus, elle doit l'être ainsi; le juge ne doit pas rechercher s'il y a ou non préjudice ; son devoir unique est de tenir compte de la résistance du débiteur.

Dans l'astreinte, la sanction pécuniaire agit à titre

(1) Bordeaux, 1870 (D., 70, II, 208).
(2) Montpellier, 1870 (S., 72, II, 235).
(3) V. Cass., 25 mars 1857 (S., 57, 1, 267).
(4) V. Cass., 9 janvier 1889 (D., 91, I, 128).

de menace sur la volonté du débiteur; telle est l'idée générale de la jurisprudence. De là résulte l'exagération de la somme allouée; elle est nécessaire pour qu'il y ait menace (1).

L'astreinte est comminatoire. Qu'entend-on par condamnations comminatoires? Il y a deux sens. Dans un premier sens, le caractère comminatoire s'applique au délai imparti au débiteur pour exécuter. L'hypothèse est la suivante : le tribunal qui condamne à exécuter une obligation de faire impartit un délai, à l'expiration duquel le débiteur sera déchu de la faculté d'exécuter en nature, et tenu de payer au créancier une somme déterminée à titre de dommages-intérêts. La jurisprudence admet que le délai par lui imparti n'est pas définitif, en ce sens qu'après son expiration le débiteur pourra, contrairement à la teneur du jugement, se libérer de son obligation par une exécution en nature.

Dans un deuxième sens, le caractère comminatoire s'applique non plus au délai, mais au taux des dommages-intérêts. D'après la jurisprudence, quand le premier juge prononce des dommages-intérêts pour retard éventuel, il les subordonne à la faute du débiteur, et le second juge a pour devoir de l'apprécier et de modifier le taux de ces dommages-intêrêts suivant le degré de la faute.

En résumé, la vraie nature de l'astreinte est une menace. L'astreinte peut se définir : un procédé

(2) Douai, 5 décembre 1849 (D., 50, II, 66).

employé par le juge, consistant dans une menace qui a pour but de contraindre le débiteur à l'exécution en nature de l'obligation, en sanctionnant éventuellement, d'une façon coercitive et comminatoire, au moyen d'une condamnation pécuniaire, l'injonction qu'il a faite.

DEUXIÈME PARTIE

Critique de la Jurisprudence

SECTION I

Arguments tirés du droit positif qui militent en faveur de la légalité du système des astreintes.

La partie analytique de notre étude nous a permis de déterminer la nature de l'astreinte et de constater qu'il existe un système jurisprudentiel des astreintes complètement établi, dont il faut tenir compte.

Nous ferons la critique de ce système dans la seconde partie de notre étude : nos efforts tendront surtout à chercher à l'établir sur une base légale.

Tout d'abord, nous rechercherons dans la première section les arguments tirés du droit positif qui militent en faveur de la légalité de l'astreinte.

Nous diviserons cette première section en trois

paragraphes qui seront relatifs : le premier au droit romain, le deuxième à l'ancien droit français, le troisième au Code civil et au Code de procédure civile.

§ Ier. — *Droit romain.*

Dans les diverses procédures que connut le droit romain, trouve-t-on des procédés d'exécution présentant quelque analogie avec les astreintes?

Dans le droit romain primitif, la victime d'une injustice avait, pense-t-on généralement, l'habitude de se faire justice elle-même. C'est le système de la vengeance privée; la victime d'un tort inflige à l'auteur un tort équivalent.

Sous le système formulaire, qui naquit avec la loi Abutia, toutes les condamnations étaient pécuniaires, même dans les actions réelles : « *ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est* » (1).

On en était donc arrivé à considérer que les biens étaient engagés et non plus la personne.

Comme toutes choses ne sont pas appréciables en argent, de nombreuses exceptions furent apportées à la règle que toutes les condamnations sont pécuniaires. Le préteur produisit, à l'aide de différents procédés, une pression sur la volonté du débiteur, pour le contraindre à exécuter en nature

(1) Gaïus, IV, 48.

son obligation. Il lui a été facile de le faire, car il était bien armé pour la lutte qu'il entreprenait; à Rome, le préteur n'avait pas seulement (comme chez nous le juge) la mission d'appliquer la loi; il avait aussi le pouvoir de sanctionner ses décisions par une amende. Une loi d'Ulpien, au Digeste, le prouve : « *Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum jus potestatis suæ concessum est juridictionem suam defendere pœnali judicio.....* » (1).

Parmi les divers procédés employés par le préteur romain pour aboutir à l'exécution en nature des obligations figurent les actions absolutoires.

Toutes les actions sont absolutoires : « *omnia judicia sunt absolutoria* ». Elles sont caractérisées par ce fait que, après la « *litis contestatio* », le créancier est obligé d'accepter l'offre de l'exécution en nature faite par le débiteur.

Dans l'action arbitraire, qui est une variété d'action absolutoire, le magistrat prescrit au juge, après vérification de l' « *intentio* », de condamner le défendeur, à moins qu'il ne fournisse une satisfaction arbitrée par lui « *Nisi arbitrio tuo restituat, condemna* » (2). Par ce moyen, le débiteur évitait la « *sententia* ».

Les actions absolutoires tendent, comme on le voit, à procurer l'exécution en nature des obligations.

(1) Loi 1re, livre III, Si quis jus dicendi non obtemperaverit.
(2) *Institutes*, livre IV, t. VI, *De actionibus*, § 31.

Le droit romain créa aussi les actions pénales et mixtes : la somme à payer pouvait être du double, du triple, du quadruple de la valeur de l'objet. Les Romains considéraient l'inexécution d'une obligation comme un délit pouvant entraîner une peine privée : devant la menace de faire payer le double, le triple ou le quadruple de la valeur de l'objet, le débiteur exécutait souvent en nature.

Vers la fin du droit romain, les parties avaient souvent recours à la clause pénale dans les obligations de faire et de ne pas faire : dans la convention intervenue entre elles, elles fixaient elles-mêmes l'indemnité dûe par le débiteur en cas d'inexécution.

L'infamie était aussi un moyen d'assurer l'exécution en nature des obligations : elle entachait l'honneur du débiteur ; ses conséquences étaient l'incapacité plus ou moins totale d'ester en justice, l'inégibilité aux magistratures et la privation des droits électoraux (1).

Enfin, d'après la procédure extraordinaire, l'exécution a lieu en nature quand le juge ordonne de livrer, de restituer, ou d'exhiber une chose.

Les procédés ci-dessus énumérés et employés pour parvenir à l'exécution en nature des obligations montrent qu'à Rome la contrainte indirecte pécuniaire était en usage ; on peut voir là une origine lointaine des astreintes.

(1) Girard, *Droit romain*, p. 195.

§ II. — *Ancien droit français.*

Dans notre ancien droit, fait-on usage de la théorie des astreintes ?

Tout d'abord il est un point certain : les décisions comminatoires étaient pratiquées par les juges. On connaissait les « liefs de comminatoire », arrêts rendus par le Parlement de Bretagne, qui montrent qu'à cette époque les magistrats attribuaient à leurs décisions et aux délais qu'ils impartissaient, le caractère comminatoire. Les « liefs de comminatoire » étaient des jugements rendus provisoirement « en l'état » ; on pouvait toujours les faire tomber en produisant des preuves nouvelles tant que la prescription n'était pas accomplie, c'est-à-dire pendant trente ans. Par exemple, une partie ayant été condamnée faute d'avoir prouvé ou d'avoir produit telle pièce, si dans la suite elle parvenait à se procurer la preuve ou à recouvrer la pièce qui lui avait manqué, elle pouvait pendant trente ans recourir devant les mêmes juges par une action qu'on appelait en « lief de comminatoire » et le premier jugement était censé non avenu, les parties remises au même état qu'elles étaient auparavant et l'affaire soumise de nouveau à la décision des mêmes juges (1).

Le principe des jugements comminatoires fut donc établi dans notre ancien droit; les juges reve-

(1) V. Dalloz, *Rép. alph.* V° Chose jugée, n° 381.

naient sur leurs décisions; or le caractère dominant des astreintes est la faculté pour le juge de revenir sur sa décision.

Au moyen-âge, on discutait la légitimité des astreintes. M. Esmein, dans son étude sur l'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes (1), à laquelle nous empruntons les développements suivants, cite un passage du *Speculum juris* de Durantis, qui fournit la preuve qu'on connaissait la pratique des astreintes, et que ces astreintes se justifiaient par le pouvoir de commandement qui appartenait aux juges.

Ce texte est ainsi conçu : « Species autem judicialis sententiæ sunt quatuor, scilicet : interlocutoria, diffinita, præceptum et mulcta. Est et quinta, scilicet sententia dispensationis; hæc tamen non semper est judicialis ». Et plus loin : « Est quoque tertia species sententiæ, quæ dicitur præceptum, puta cum quis a res in judicio absque libello cum instrumento debiti petit decem et reus confitetur de plano, tunc enim judex sine alia causæ cognitione præcipiet quod certo termino solvat; et hoc dicitur præceptum et non sententia, quia ordo judiciarius non est servatus » (2).

Ce pouvoir de commandement est en outre

(1) Esmein, L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, dans la *Revue trimestrielle* de droit civil, 1903, n° 1, p. 38 et suivantes.

(2) Livre II, part. 3, de sententia, § 3, n° 5, édit. Francof, 1592, p. 419.

attesté, dit M. Esmein, 1°) Par le titre d'un coutumier du XIVe siècle, publié par M. Beautemps-Beaupré, et qui est intitulé : « le Livre des droits et commandements d'office de justice ». 2°) Par la définition que d'Argentré donne du territoire déterminant la juridiction : « Cum id esse territorium definiatur in quo quisque terrendi pro potestate jus habeat » (1).

Dans la seconde moitié du XVIe siècle, Bodin marque ce droit de commandement comme un trait essentiel du magistrat.

Dans son ouvrage intitulé : « Des six livres de la République », il s'exprime de la façon suivante : « Nous avons dit que le magistrat est l'officier qui a commandement public; or, celui qui a commandement, lequel a puissance de contraindre ceux qui ne veulent pas obéir à ce qu'il enjoint, ou qui contreviennent à ses défenses, et qui peut lever les défenses par lui faites ». Et plus loin : « J'ai dit puissance de contraindre pour la différence de ceux qui ont connaissance des causes, qui jugent et disent sentences et citent devant eux, mais n'ont point puissance de contraindre, ni de mettre à exécution les sentences et commandements, comme les anciens pontifes, et maintenant les Evesques... Les Evesques n'ayant aucune puissance de contraindre, envoient leurs sentences pour les faire

(1) *Commentarii consuetudines ducatus Britanniæ*, édit. Paris, 1628, des Justices, art. 19. Exécuter, n° 4.

exécuter aux magistrats, comme font en Orient les Cadis et Parcadis, qui ont connaissance de tous les procès, et n'ont aucune puissance de contraindre, mais ils envoient leurs jugements aux Soubachis qui ont le commandement et la force en mains »(1).

Loyseau enseigne la même doctrine (2).

Au XVIII[e] siècle, Jousse reproduit la même théorie : « La juridiction proprement dite est la connoissance ou notion attachée à la magistrature, *est notio quæ magistratui competit* (suivant Cujas, *in paratitlis*). Elle consiste à rendre des décrets et des jugements, et à donner des juges ». Puis il ajoute : « La puissance mixte appelée en droit *imperium mixtum*, ou simplement *imperium*, est celle qui est inséparablement attachée et inhérente à la juridiction, et qui renferme en même temps, et la puissance, et la juridiction : telle est en France la juridiction des magistrats et juges ordinaires. En effet, la juridiction serait illusoire et inutile, si le magistrat qui l'exerce n'avait le droit de contrainte pour faire exécuter ses mandements et celui de pouvoir réprimer, du moins par une punition modique, *modica coercitione*, ceux qui sont rebelles à ces mêmes mandements » (3).

Le droit anglais fournit un argument, en ce sens qu'il reconnaît aux juges le droit de punir le man-

(1) Livre III, chap. V, édit. de Genève, 1629, p. 429 et 430.

(2) LOYSEAU, *Traité des Offices*, livre I, chap. V, n° 19 et suiv.

(3) JOUSSE, *Traité de l'Administration de la justice*, Paris, 1771, t. I, p. 2 et 3.

quement aux ordres par eux rendus. M. Esmein montre qu'en Angleterre, le mépris des décisions de justice est un délit.

Il cite comme un exemple prouvant que le pouvoir d'enjoindre et d'ordonner, par rapport aux causes dont ils étaient saisis, était largement exercé par les juges de l'ancien régime, un extrait d'un petit livre de pratique du XVIII[e] siècle (1).

« Gabriel... etc, à tel et à tel salut. Pour ce que, par le rapport de vous et autres estans d'un traict d'un puits en tel lieu, avons esté certifiez que le dit puits est fort démoly, et que la muraille d'iceluy est rompue plus de trois toises, laquelle rompue est tombée au dit puits; faut vuider ladite maçonnerie et curer le dessus dict puits pour faire la couverture, tournant et tour d'iceluy et plusieurs autres œuvres nécessaires, lesquelles œuvres et réparations cousteroient la somme de huict livres tournois. Nous vous mandons qu'appelez avec vous deux ou trois des estats du dict puits, vous asséez et imposez sur vous et autres du dict traict la dicte somme de huict livres tournois, justement, également, et ladicte somme recueillez et devez (levez), aux moindres frais que faire pourrez. Et par ces mesmes personnes mandons au premier sergent de la Prévosté, sur ce requis, qu'au paiement desdits taux et impost, il contraigne ceux qui pour ce seront à

(1) Nouveau stile et protocole des notaires, tabellions, greffiers et autres praticiens, à Troyes, chez la V[ve] Nicolas Oudot (1637).

contraindre par prinse de leurs biens et autrement, par toutes voyes et manières deues et raisonnables; et, en cas d'opposition, la main pleine ou tenant, quant à ce qu'il apperra par les dicts taux, le dict sergent donne et assigne aux opposants jour certain et compétent par devers nous, pour dire leurs causes d'opposition, et en outre, procéder par raison, et en nous certifiant par le dict sergent de ce qu'il en fera. De ce faire leur donnons pouvoir ».

Toubeau, dans ses « *Institutes de droit consulaire* » reconnaît le droit de procéder par injonctions et menaces aux juges consuls, qui n'étaient cependant que des juges d'exception et non de véritables magistrats, au dire de Loyseau (1). Toubeau a, livre I, titre 15, chapitre II, un chapitre intitulé : « Du pouvoir aux juges consuls de faire défense à leurs justiciables de plaider ailleurs que par devant eux », et plus loin, livre I, titre 23 : « Des prisons, des injonctions aux geôliers de recevoir les prisonniers arrêtés en vertu des sentences des juges consuls, et des défenses aux autres juges de les élargir et aux geôliers de les laisser sortir ». « Il est sans difficulté, dit-il, que les juridictions consulaires sont en droit de faire de leur autorité des défenses aux geôliers et gardes de prisons, d'élargir et mettre hors les personnes qui seront emprisonnées en exécution de leurs jugements, à peine de répondre en leurs pri-

(1) *Traité des Offices*, livre I, chap. V, nº 48.

vés noms du dû des parties, de leurs dépens, dommages-intérêts, et de cinquante livres d'amende ».

Toubeau rapporte à cette occasion (page 405), un fait personnel : « Quand ils (les geôliers et gardes de prisons) y (aux ordres) contreviennent, les juges et consuls ont droit de procéder contre eux; et conformément, j'ai ordonné que le nommé Pirpoux, concierge des prisons de cette ville de Bourges, serait transféré dans les prisons de Dun-le-Roy, parce que, quoiqu'il fût emprisonné et qu'il lui fût enjoint de tenir prison fermée, abusant de sa qualité de concierge, ne laissait pas de vaguer dans les rues ».

L'ordonnance de 1667 sur la procédure civile (titre 32, article 1) énumère les peines dont disposent les juges pour faire respecter leurs ordres. Ce sont : la prison, l'amende ou les dommages-intérêts. Ces derniers étaient prononcés, ajoute M. Esmein, soit à titre de réparation du préjudice, soit à titre de peines. Ce qui le prouve, c'est l'expression : *à peine de tous dommages-intérêts,* expression qui se rencontre couramment.

L'interprétation donnée par nos anciens romanistes du texte de Justinien, des « *comminationes* » fournit un dernier argument. Ces « *comminationes* », disent-ils, étaient nulles, non à raison de leur nature, mais à raison de la forme irrégulière qu'elles revêtaient. Si donc elles avaient été émises sous

une forme régulière, elles eussent été valables. En ce sens : Cujas (1), Mornac (2), Claude de Ferrière (3).

Ainsi, M. Esmein prouve que dans notre ancien droit, les juges avaient le pouvoir de donner des ordres et des injonctions : investis du pouvoir de commandement, ils prononçaient des injonctions comminatoires ayant le caractère de menace ou de peine (4).

Remarquons que les astreintes, telles que les emploie aujourd'hui le juge, ne sont autre chose que des injonctions ayant les caractères comminatoire et pénal.

Nous tirerons plus tard de cette ressemblance les conséquences favorables à notre thèse de la légalité du système des astreintes.

§ III. — *Le Code civil et le Code de procédure civile.*

Seul de tous les articles du Code civil et du Code de procédure civile, l'article 1036 de ce dernier fait allusion au système des astreintes, en employant le mot « injonctions ».

Cet article 1036 est conçu de la façon suivante : « Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances,

(1) Cujas, *Ad. tit.*, l. VII, lib. VI, Codicis (Edit. Fabrot, Paris, 1658, t. IX, p. 1141).

(2) *Mornacii opera*, édit. Paris, 1721, t. IV, p. 250, *in codicem*, lib. VII, tit. LVII, I.

(3) Claude de Ferrière: *La jurisprudence du Code de Justinien*, Paris, 1684, tit. II, p. 209.

(4) En sens contraire, V. Berryer, *Les Astreintes*, thèse, Paris, 1903.

pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux, et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements ».

Signifie-t-il que sous l'empire de nos Codes le juge a le pouvoir de commandement tel qu'il l'avait dans l'ancien droit? Nous pensons que oui.

Sa lecture, faite sans parti pris, montre clairement le droit pour le juge de prononcer des injonctions. Le mot y est en toutes lettres.

Néanmoins les adversaires des astreintes ont émis l'opinion que les termes « prononcer des injonctions » de l'article, font corps avec ce qui suit : « supprimer des écrits ». Nous avons cherché en vain la cause de ce double emploi. Pourquoi le législateur aurait-il employé deux termes différents pour exprimer la même idée? L'expression « supprimer des écrits » est très claire par elle-même; elle est d'autre part précise. L'expression « prononcer des injonctions » est au contraire prise dans un sens très général. Les deux expressions ont donc été employées pour formuler des idées différentes-

Qu'a donc voulu entendre le législateur par l'expression : « prononcer des injonctions? » Si l'on se souvient des précédents historiques, et si on les rapproche des termes de l'article 1036, on est naturellement conduit à penser qu'il s'agit dans ce texte des injonctions telles qu'on les comprenait sous l'ancien régime.

Il est certain que le législateur n'a pas innové en

se servant des termes : « prononcer des injonctions » ; sinon, il se serait expliqué sur la signification de cette expression beaucoup plus longuement qu'il ne l'a fait, et les travaux préparatoires mentionneraient au sujet de cette locution des discussions qui n'auraient pas manqué de se produire.

Si le législateur n'a pas innové, d'où a-t-il tiré l'expression « prononcer des injonctions », sinon de l'ancien droit où le juge les pratiquait, ainsi que nous l'avons montré dans un paragraphe précédent de ce chapitre ?

L'article 1036 consacre donc le pouvoir de commandement du juge actuel.

Remarquons, du reste, que les rédacteurs du Code de procédure civile ont eu en général l'intention de maintenir les règles de l'ancien droit (1).

Le tribun Mallarmé s'exprimait de la façon suivante le 29 avril 1806 devant le Corps législatif : « Puissent-ils (les magistrats) user avec une inflexible intégrité du pouvoir que leur donnera la loi de prononcer des injonctions, de supprimer, dans les cas où ils seront saisis, des écrits calomnieux qui porteraient atteinte à l'honneur et à la réputation des parties (2). Dans ce discours, le droit de prononcer des injonctions est bien présenté comme distinct de celui de supprimer des écrits ; c'est la consécration de la conclusion que nous adoptons relativement à l'article 1036.

(1) Locré, *Législ. civ.*, t. XXI, p. 18.
(2) Locré, t. XXIII, p. 448.

En résumé, nous avons constaté : 1°) que dans notre ancien droit les juges employaient le procédé des astreintes et qu'ils avaient le pouvoir de commandement ; 2°) que nos Codes, sans parler de la question des astreintes, reconnaissent au juge le pouvoir de commandement tel qu'il existait dans notre ancien droit.

Nous nous servirons plus loin de ces propositions comme d'autant d'arguments destinés à démontrer la légalité du système des astreintes.

SECTION II

Exposé et réfutation des objections faites par la doctrine au système des astreintes.

Les objections faites par la doctrine à la théorie des astreintes sont très nombreuses. Nous pensons néanmoins qu'il n'est pas impossible de les réfuter, si l'on ne perd pas de vue la vraie nature de l'astreinte, qui est une menace.

PREMIÈRE OBJECTION

Les adversaires des astreintes tiennent le raisonnement suivant : toutes les espèces de contrainte sont interdites par l'article 1142 du Code civil; par conséquent, l'astreinte, qui est un mode de contrainte, est illégale. L'article 1142, dit-on, s'oppose aussi bien à la contrainte sur la volonté du débiteur qu'à la contrainte sur la personne.

Nous pensons que cette interprétation de l'article 1142 n'est pas la bonne. L'idée qui se dégage de cet article n'est autre que celle qui est exprimée par l'article 1134 alinéa 1 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

L'article 1142 ne signifie pas que le créancier d'un fait ou d'une abstention n'ait jamais que le droit d'obtenir des dommages-intérêts pécuniaires contre le débiteur, car la règle de la condamnation « *ad rem* », nous l'avons vu, est aussi générale que possible en l'état actuel de notre droit; elle ne reçoit d'exception que s'il y a impossibilité de poursuivre l'exécution, soit que l'exécution forcée en nature soit impossible à cause de la mauvaise volonté du débiteur, parce que cette exécution ne procurera pas au créancier l'objet auquel il a droit, (les qualités du débiteur ne pouvant se manifester que lorsqu'il consent volontairement à exécuter l'obligation), — soit parce que l'exécution forcée en nature nécessiterait la contrainte sur la personne, moyen devant lequel on recule. « Le motif de l'article 1142, dit Bigot-Préameneu, dans son rapport au Corps législatif, est que nul ne peut être contraint à faire ou à ne pas faire une chose, et que si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats » (1).

L'article 1142 est donc conçu en termes beaucoup trop généraux : il signifie que les obligations dont l'exécution forcée directe nécessite une contrainte sur la personne se résolvent en dommages-intérêts.

Pour les autres obligations, la condamnation « *ad rem* » est la règle. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs, après avoir exposé les principes qui né-

(1) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XIII, p. 232.

cessitent la condamnation « *ad rem* » : 1°) les conventions tiennent lieu de loi aux parties; 2°) elles obligent à ce qui y est exprimé; 3°) elles doivent être exécutées selon leur forme et teneur), ajoute : « Il n'est aucune obligation, soit de donner, soit de faire ou de ne faire qui ne repose sur ces règles fondamentales » (1).

Par exemple, les obligations de « livrer » échappent à l'application de l'article 1142 parce que leur exécution peut être obtenue sans qu'on exerce de contrainte sur le débiteur.

Toutes les fois qu'il y a promesse de vente ou de bail, il suffit, pour la réalisation de l'acte promis, du consentement du promettant; s'il refuse de le donner, le créancier s'adressera à la justice; le consentement du juge remplacera celui du débiteur (2).

Nous voyons donc que l'article 1142 ne prohibe que la contrainte sur la personne du débiteur, mais non la contrainte sur la volonté; il ne peut donc être invoqué contre les astreintes.

M. Baudry propose de l'abroger comme dangereux et inutile : « Dangereux, car, si on le prend à la lettre, il a une partie incompatible avec le respect dû aux conventions; quant à son esprit, il est inutile, car pratiquement, il se résume en cette constatation, que le créancier doit se contenter de dom-

(1) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XIII, p. 229.
(2) Pothier, *Traité de la vente*, n° 68; — *Traité du louage*, n° 66.

mages-intérêts, quand il lui est impossible d'obtenir l'exécution en nature. A quoi bon exprimer cette idée? N'est-ce pas là le cas de toute obligation? On est libre de ne pas s'obliger; mais lorsqu'on s'est obligé, est-on libre de ne pas tenir sa promesse? En réalité, ce n'est pas violer la liberté du débiteur que de le rappeler, fût-ce « *manu militari* », au respect de ses engagements. Force doit être aux conventions, puisqu'elles font la loi des parties : or, les conventions qui donnent naissance à une obligation de faire, exigent que le fait promis soit accompli (1).

Les articles 1143 et 1144 du Code civil sont une application de la règle de la condamnation « *ad rem* »; à ce titre, nous les étudierons rapidement. Ils visent tous deux une exécution forcée en nature.

M. Larombière a prétendu qu'ils ne sont qu'une forme de la résolution en dommages-intérêts, mais personne ne l'a soutenu depuis lui. Les articles 1143 et 1144 ne sont que des exceptions à la règle trop générale de l'article 1142.

Si l'objet de l'obligation est un acte qui peut être exécuté par un autre que le débiteur, le créancier pourra obtenir l'exécution forcée directe; c'est ce que dit l'article 1144. Par exemple, un propriétaire voisin a promis d'abattre les arbres qui sont sur son terrain et gênent ma vue.

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des obligations, t. I, n° 433.

Quant aux obligations de ne pas faire, l'article 1143 dit que le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit.

Des auteurs ont remarqué la différence de rédaction des articles 1143 et 1144. L'article 1143 dit : « Le créancier a le droit »; l'article 1144 dit : « Le créancier peut ». Ils ont conclu que pour les obligations de ne pas faire, le juge aurait le devoir d'autoriser l'exécution directe; pour les obligations de faire, il aurait la liberté de ne pas l'autoriser (1).

Nous pensons qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction, car l'article 1144 contient le mot « aussi », qui montre que cet article a été rédigé dans le même esprit que l'article 1143. Les travaux préparatoires ne font aucune distinction. Favard, dans son rapport au Tribunat, a dit : « Cependant, il a fallu laisser au créancier le droit de faire détruire aux dépens du débiteur ce qu'il aurait fait ou fait faire en contravention du contrat : le projet le porte. Il a fallu aussi, et pour la même raison, laisser au créancier le droit de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » (2).

Nous voyons que dans ce rapport, l'expression est la même pour les obligations de faire et pour les

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, p. 38 et suivantes. — Meynial, De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, dans la *Revue pratique de droit français*, 1884, t. LVI, p. 437-438.

(2) Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 433.

obligations de ne pas faire : « il a fallu laisser au créancier le droit ».

En ce qui concerne l'obligation dont l'objet est un bien existant actuellement dans le patrimoine du débiteur, pour obtenir l'exécution, le créancier pourra recourir à la force (1).

En résumé, nous voyons que la condamnation « *ad rem* » reste la règle générale, et que l'article 1142 a une portée très restreinte : il apporte une exception à cette règle de la condamnation « *ad rem* », quand son application nécessiterait un recours à la contrainte sur la personne. Mais il ne défend pas au juge d'ordonner l'exécution de l'obligation et d'exercer une contrainte indirecte sur les biens; par conséquent, il ne s'oppose pas à la mise en pratique de la théorie des astreintes.

DEUXIÈME OBJECTION

On a prétendu que l'emploi du procédé de l'astreinte constituait une violation de la règle que les dommages-intérêts doivent être proportionnés au préjudice et portait atteinte aux dispositions des articles 1382 et 1149 du Code civil.

1°) Dans les obligations civiles dérivant d'un délit ou d'un quasi-délit (article 1382), le débiteur, dit-on, n'est tenu qu'au paiement d'une indemnité : cette indemnité devrait réparer d'une façon exacte le préjudice subi.

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 498.

Nous répondons que l'article 1382 ne parle pas de paiement d'une indemnité, mais de réparation de dommage, ce qui donne à sa formule beaucoup plus d'élasticité. Très souvent, le seul mode de réparation possible sera une créance de dommages-intérêts parce que très souvent le fait délictuel sera un acte destructif, mais il ne s'ensuit pas que ce soit le seul.

La jurisprudence, du reste, est en ce sens. Un arrêt de la Cour de Cassation du 9 août 1880, contient cette phrase : « Si le plus ordinairement la réparation du dommage est évaluée en argent, les termes de l'article 1382 n'excluent pas cependant d'une manière absolue tout autre mode de réparation » (1).

Très souvent, le juge prononce une injonction de ne pas renouveler à l'avenir tel acte illicite, par exemple, en matière de concurrence déloyale, de marques de fabrique, d'usurpation de noms (2).

Il est impossible, pour ces hypothèses, de faire intervenir l'objection tirée de l'article 1382 du Code civil ; cet article n'est applicable que lorsqu'il y a préjudice. S'il y a préjudice dans les hypothèses que nous avons envisagées, les juges non seulement pourront, mais encore devront appliquer cet article, mais nous estimons qu'ils ont aussi le droit

(1) V. Sirey, 81, I, 358.

(2) Paris, 21 janvier 1850 (D., 51, II, 123) ; — Lyon, 21 août 1851 et Bordeaux, 9 février 1852 (D., 1852, II, 265).

de prononcer une injonction pour l'avenir, et une astreinte pour sanctionner l'ordre qu'ils donnent. En tant qu'ils prononcent cette astreinte, ils doivent laisser de côté cet article 1382, car il ne s'agit pas alors de réparer un préjudice, mais de sanctionner un ordre.

En résumé, l'article 1382, relatif à la théorie des dommages-intérêts, concerne la réparation d'un préjudice ; il ne peut être invoqué en matière d'astreintes, car nous estimons que l'astreinte est étrangère à la théorie des dommages-intérêts, puisqu'elle est une menace.

2°) Une autre objection formulée contre l'exagération du taux de la sanction qu'on rencontre dans l'astreinte est tirée de l'article 1149 du Code civil, ainsi conçu : « Les dommages-intérêts dûs au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».

La jurisprudence, dit-on, loin de ne tenir compte que des éléments de la perte subie et du gain manqué, a égard aux revenus du débiteur ; elle prend aussi en considération la résistance à vaincre, et le préjudice moral. Nous lisons dans l'ouvrage de MM. Baudry-Lacantinerie et Barde : « Nous concluons donc que l'allocation d'une certaine somme à payer par chaque jour de retard n'est régulière

que si elle a pour objet de réparer le préjudice apprécié d'avance d'après les éléments du procès » (1).

Nous répondons que, d'une part, l'article 1149 contient les mots « en général », ce qui indique qu'il ne fait que formuler une règle générale à laquelle il y a des exceptions; cette expression signifie, à notre sens, que le législateur réserve les cas où le dommage à réparer serait autre que celui prévu par l'article; c'est du reste la première réflexion que suggère sa lecture.

D'autre part, l'argument tiré de l'article 1149 contre le système des astreintes ne porte pas, à notre sens, parce que le magistrat n'a pas à tenir compte de perte et de gain quand il emploie l'astreinte, mais seulement de la résistance du débiteur, sans rechercher s'il y a eu ou non préjudice. Pour la mise en pratique de la théorie des astreintes, il n'est pas nécessaire qu'un préjudice ait été subi.

La jurisprudence, nous l'avons vu, donne souvent à l'astreinte le caractère de réparation d'un préjudice; elle a tort; la théorie des dommages-intérêts du Code civil et la théorie des astreintes sont différentes, nous le répétons; les articles du Code civil relatifs à la première ne peuvent être invoqués contre la seconde.

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 440. — V. dans le même sens Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, n° 223; — Demolombe, *op. cit.*, n° 493 in fine et n° 496; — *Pandectes françaises*, V° Obligations, n° 1623; — Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 41.

TROISIÈME OBJECTION

L'article 1147 s'oppose, dit-on, à ce que les tribunaux puissent fixer des dommages-intérêts pour l'avenir à tant par jour de retard, comme ils le font quand ils emploient l'astreinte. Cet article 1147 est conçu de la façon suivante : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

Cet article contenant le mot « paiement » au singulier, le tribunal doit, dit-on, condamner une fois pour toutes à payer une certaine somme d'argent.

Nous lisons d'autre part dans l'ouvrage précité de MM. Baudry-Lacantinerie et Barde : « Du texte de la loi et des principes, il résulte que dans le cas d'inexécution, l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, c'est-à-dire que les magistrats ne peuvent condamner qu'à une somme déterminée une fois pour toutes..... » (1).

Nous ne pensons pas que l'objection ait une grande valeur : de ce que le législateur a employé le mot « paiement » au singulier, il ne s'ensuit pas qu'il ait voulu entendre par là que le juge ne devrait

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 440.

condamner qu'à une somme déterminée une fois pour toutes. Le mot « paiement » est pris dans un sens très général ; il faut l'interpréter dans le même sens et ne pas tenir compte servilement du texte de la loi.

QUATRIÈME OBJECTION

Une autre objection consiste à dire : l'emploi de l'astreinte a pour résultat d'accorder un terme au créancier ; or le terme ne peut être accordé qu'au débiteur, ainsi qu'il résulte de l'article 1244 du Code civil : « Le débiteur, dit cet article, ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible. Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état ».

On dit : le deuxième alinéa de cet article, qui accorde le terme au débiteur ne l'accorde pas au créancier. Jamais, ajoute-t-on, le terme n'est accordé à celui-ci. Or le contraire a lieu dans les astreintes ; en effet, si le terme est favorable au débiteur qui a plus de temps pour se libérer, il l'est aussi au créancier qui pourra obtenir l'exécution adéquate de l'obligation.

Nous pensons que le terme peut être accordé au créancier, car le législateur n'a pas fait de restriction ; il dit que souvent le débiteur demandera le

terme ; mais il ne dit pas que le débiteur seul pourra le demander. Donc, rien ne s'oppose à ce que le créancier puisse l'obtenir.

D'ailleurs, l'article 1187 du Code civil est une preuve que le terme peut être stipulé en faveur du créancier, puisqu'aux termes de cet article : « Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur à moins qu'il ne résulte de la stipulation qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier ». Ce texte, on le voit, est formel.

Donnons un exemple de terme stipulé en faveur du créancier : un capitaliste fait un prêt pour 5 ans à 4 % d'intérêts ; au bout de 2 ans, le débiteur trouve à emprunter à 3 %. Le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir son capital avant 5 ans. Le terme est bien, dans cette hypothèse, en faveur du créancier, qui obtiendra l'exécution adéquate aux termes de l'obligation.

Par conséquent, l'objection tirée de l'article 1244 est réduite à néant.

CINQUIÈME OBJECTION

D'après les adversaires du système des astreintes, le juge qui applique ce dernier viole les principes de l'autorité de la chose jugée et du dessaisissement du juge. Sont ainsi violés les articles 1350 et 1351 du Code civil et l'article 1029 du Code de procédure civile.

1°) Articles 1350 et 1351 du Code civil. Aux termes

de ces articles, le plaideur qui veut remettre en question ce qui a déjà été jugé est débouté de sa demande. Demolombe a écrit au sujet de l'autorité de la chose jugée : « S'il est, entre toutes les autres, une présomption qui repose sur des considérations d'intérêt public, c'est bien celle-ci... Il est très important, sans doute, que toutes les demandes puissent se produire en justice, mais ce qui ne l'est pas moins, c'est que, une fois qu'elles se sont produites, dans les conditions que la loi détermine, les mêmes demandes ne puissent plus se reproduire » (1).

Nous lisons aussi dans l'ouvrage de M. Laurent : « Une fois le jugement rendu, le tribunal ne peut plus le rétracter, ni le modifier ; de quel droit donc le juge revient-il sur les dommages-intérêts qu'il a prononcés et décide-t-il que le jugement ne recevra pas d'exécution ? » (2)

Nous retrouvons la même idée dans la thèse de M. Brésard : « Le jugement qui condamne à l'exécution d'une obligation et déclare que le débiteur sera tenu à des dommages-intérêts par jour de retard est définitif ; il dessaisit le juge ; celui-ci ne peut le remettre en question » (3).

La jurisprudence, dit-on, viole donc les articles

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. VII, n° 256.

(2) Laurent, *op. cit.*, n° 301 in fine. — Dans le même sens, V° Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. I, n° 479 ; — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 42, texte et note 16 ; — Voir aussi la note de M. Glasson, du 5 juillet 1898 (D., 99, I, 393).

(3) Marc Brésard, *La théorie des Astreintes*, thèse, Lyon, 1901, p. 97.

1350 et 1351, en déclarant que les dommages-intérêts par jour de retard sont prononcés à titre comminatoire ou provisoire.

L'objection est sans portée, pensons-nous, pour la raison suivante ; il ne peut y avoir violation des principes de l'autorité de la chose jugée et du dessaisissement du juge que dans les matières relativement auxquelles le juge a exercé son pouvoir de juridiction proprement dit ; or, en matière d'astreintes, il en est différemment. L'astreinte, en effet, est, nous l'avons vu, une menace destinée à assurer, l'exécution en nature de l'obligation : le juge qui l'emploie n'exerce pas à vrai dire le pouvoir de juridiction proprement dit, mais le pouvoir de commandement dont l'exercice n'engendre pas l'autorité de la chose jugée.

Le premier juge ayant donné un ordre ou ayant fait une défense, et ayant édicté une sanction pour le cas où il y aurait contravention à l'ordre ou à la défense, le deuxième juge qui décide qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la sanction ne viole donc pas les principes de l'autorité de la chose jugée et du dessaisissement du juge.

Une autre réponse à l'objection tirée de la violation de ces derniers principes est la suivante : le jugement condamnant à tant par jour de retard n'est qu'un jugement provisoire, puisqu'il ne statue pas définitivement sur la contestation : or les juge-

ments provisoires ne peuvent jamais acquérir l'autorité de la chose jugée (1).

Nous invoquons à l'appui de notre première réfutation de l'objection tirée de la violation des articles 1350 et 1351, l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 novembre 1841 (2), qui fait une distinction entre les jugements : il y a les « *judicia ordinatoria* », et les « *judicia decisoria* ». Les premiers sont le résultat de l'exercice fait par le juge de son pouvoir de commandement; les autres proviennent de l'exercice de la juridiction proprement dite. Le juge qui touche à ces derniers viole l'article 1351; mais, s'il revient sur les premiers, il ne fait que rapporter un règlement qu'il a le droit de rapporter, ainsi qu'ont le droit de faire toutes les autorités investies du pouvoir de commandement; il ne viole en rien les principes de l'autorité de la chose jugée et du dessaisissement du juge.

2°) Article 1029 du Code de procédure civile. Cet article a été invoqué comme un argument contre le caractère comminatoire des astreintes. Ce texte est conçu de la façon suivante : « Aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code n'est comminatoire ».

Les adversaires des astreintes en concluent que

(1) *Jurisprudence générale*, Supplément, Chose jugée, n° 24. — Répertoire, n°s 33 et 34. — En ce sens, V° Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 367.

(2) V. D., 42, 1, 29.

le Code de procédure civile prohibe les dispositions comminatoires. Ce n'est pas notre avis. Le mot « amendes » fait allusion aux peines édictées par le législateur. Il ne s'applique pas à l'astreinte pour un double motif : d'une part, l'astreinte n'est pas une véritable peine, comme nous le verrons bientôt; d'autre part, le serait-elle, que l'argument qu'on prétend tirer de l'article 1029 ne porterait pas davantage, car cet article fait allusion aux peines « édictées par le législateur »; or, nous savons que ce dernier est muet sur la question des astreintes.

Mais, quand il s'agit d'astreintes, on est en matière civile; or, comme l'a dit M. Planiol : « En matière civile, les tribunaux ne sont pas obligés de prononcer des condamnations fermes et irrévocables » (1).

Nous voyons donc que l'objection tirée de l'article 1029 du Code de procédure civile ne porte pas.

SIXIÈME OBJECTION

Une autre objection faite par la doctrine à la théorie des astreintes, c'est qu'elle viole les principes d'après lesquels il n'y a pas de peine sans texte et pas de peine arbitraire.

L'astreinte est une peine, dit-on, et elle n'est prévue par aucun texte; par conséquent, elle viole les deux principes sus-énoncés.

Nous lisons dans l'ouvrage précité de MM. Baudry-

(1) Planiol, *op. cit.* n° 233.

Lacantinerie et Barde : « Les véritables raisons de notre solution se trouvent dans le droit pénal : 1°) Il n'y a pas de peine sans texte; 2°) Il n'y a pas de peine arbitraire. Or, dès que les dommages-intérêts, ou plutôt les prétendus dommages-intérêts, ne sont pas limités à ce que le législateur a considéré comme une réparation suffisante, il s'agit en réalité d'une peine, et d'une peine établie par le juge, qui cependant n'a pas le droit d'édicter des peines. D'autre part, il est inadmissible que le législateur ait autorisé les tribunaux à user des dommages-intérêts comme moyen de contrainte, car la peine dont il s'agirait serait arbitraire; la loi ne lui assignerait pas de mesure » (1).

Pour réfuter l'objection, on a dit : oui, l'astreinte est une peine, mais le texte existe : c'est le jugement qui condamne à exécuter et sanctionne la condamnation. Le débiteur connaissait ce jugement, et « pouvait en prévenir ou en arrêter les effets par sa soumission » (2).

Ce raisonnement nous paraît inexact : il suppose que le juge est investi du pouvoir d'incriminer un fait et d'édicter une peine ; en d'autres termes, le jugement constituerait un texte pénal. Or le principe de la séparation des pouvoirs y met obstacle.

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. I, n° 440. — Dans le même sens, V° Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, n° 136.

(2) V. arrêt de la Cour de Paris du 13 février 1877, cité dans l'article de M. Meynial, p. 475.

Le juge a pour mission d'appliquer la loi : il n'a pas le droit d'édicter des peines.

Il serait déjà plus exact de dire que l'objection est sans portée, parce que l'exécution des jugements étant d'ordre public, force doit rester à la loi. Le débiteur pouvant être condamné à prester l'objet même de son obligation, le juge a le droit de prendre toutes les mesures qu'il croit utiles afin d'aboutir à l'exécution des jugements qu'il a prononcés, et l'usage de la contrainte indirecte sur les biens est un de ces moyens.

Cette idée renferme sans doute une grande part de vérité ; mais nous pensons que sa stricte application aboutirait à des conséquences inadmissibles : le juge pouvant, pour assurer l'exécution de ses décisions, prendre toutes les mesures qu'il jugerait utiles, aurait forcément recours à l'arbitraire, ce qu'il faut éviter. L'intérêt public exige que l'usage des voies d'exécution ne soit pas livré à cet arbitraire. Ces voies d'exécution des jugements ont, du reste, été énumérées par le législateur d'une façon absolument limitative. Seul le législateur a le droit de les modifier. Le juge, en y touchant, porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en empiétant sur la puissance législative : aussi ne peut-il se servir que des voies d'exécution « légales » des jugements : de la sorte, les intérêts des parties en cause ne seront pas compromis, et la justice conservera le respect qui lui est dû.

On a dit aussi pour réfuter l'objection qui nous

occupe : le juge qui emploie l'astreinte ne prononce pas une peine : il ne fait qu'interpréter une clause pénale que les parties ont sous-entendue dans leur convention.

Nous repoussons cette explication, car le juge qui emploie l'astreinte n'interprète pas une clause pénale sous-entendue « par les parties » ; lui-même la sous-entend ; or, il n'a pas le droit de le faire ; son rôle se borne à interpréter la volonté des parties. Seul le législateur pourrait y suppléer en sous-entendant cette clause.

La vraie réfutation de l'objection dont nous nous occupons consiste, à notre avis, à dire que l'astreinte n'est pas une peine au sens juridique du mot : quoique la formule employée soit souvent conçue de la façon suivante : « à peine de », la condamnation dont il s'agit n'est pas une pénalité, car la peine, au sens strictement juridique du mot, a pour caractère essentiel de mettre en garde contre l'avenir. Au contraire, dans l'astreinte, il ne s'agit que de vaincre la résistance du débiteur. On condamne un homme à une peine pour faire craindre à ses semblables une pareille pénalité: or, dans l'astreinte, on ne s'occupe que du débiteur actuel.

On peut dire aussi que l'astreinte n'est pas une véritable peine, parce que, d'une part, les caractères de la peine ne se rencontrent pas tous dans l'astreinte (ainsi la contrainte par corps n'y est pas applicable) ; d'autre part, le débiteur ne considère pas l'astreinte comme une peine, puisqu'en s'y sou-

mettant, il montre qu'il la préfère à l'exécution en nature, et le créancier ne la considère pas comme une peine, car il est certain qu'il lui préférerait encore de beaucoup l'exécution en nature (1).

Les principes du droit pénal ne doivent donc pas, à notre avis, s'appliquer en matière d'astreintes.

SEPTIÈME OBJECTION

Des auteurs prétendent que l'astreinte est une voie d'exécution; or, disent-ils, les voies d'exécution devant toutes être déterminées par la loi, et celle-ci gardant le silence sur le procédé des astreintes, il en résulte que le système des astreintes est illégal.

L'objection est formulée par MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, de la façon suivante : « Les condamnations (lire les astreintes) sont illégales, car il ne s'agit pas en réalité de dommages-intérêts, mais d'un moyen de contrainte, et les voies d'exécution auxquelles il est permis de recourir sont déterminées par la loi, et les astreintes comminatoires ne figurent pas parmi elles » (2).

Nous pensons que l'astreinte ne doit pas être confondue avec les voies d'exécution. Les deux procédés se ressemblent en ce sens que l'un et l'autre sont destinés à produire une pression sur l'esprit du débiteur. Mais si, par l'astreinte, la

(1) En ce sens, V. Labbé, encore l'affaire Beauffremont, *Revue pratique de droit français*, t. L, 1881, p. 82-83.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 421.

« justice » cherche à contraindre le débiteur à exécuter son obligation, par les voies d'exécution, la « loi » elle-même sanctionne les décisions judiciaires. Par conséquent, l'une sanctionne la non exécution d'une obligation, les autres la non exécution d'un jugement. La première est une menace créée par les tribunaux; les secondes sont des procédés établis par le législateur.

Du reste, admettons que l'astreinte soit une voie d'exécution; de ce que le législateur n'en parle pas, en résulte-t-il nécessairement que l'emploi de ce procédé par le juge est illégal? Nous prouverons plus loin le contraire, en nous basant sur les pouvoirs qu'a le juge en cas de lacune de la loi.

HUITIÈME OBJECTION

On accuse aussi le juge qui emploie l'astreinte de commettre un excès de pouvoir (1). On dit : défendre à une partie de faire quelque chose sous peine d'une somme déterminée de dommages-intérêts par chaque infraction, c'est violer l'article 5 du Code civil, aux termes duquel : il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises; c'est statuer par voie de disposition générale et réglementaire.

Telle n'est pas notre opinion : le juge qui emploie

(1) Croissant, *Des Astreintes*, thèse, Paris, 1898, p. 178.

l'astreinte ne fait que sanctionner une mesure qu'il a le droit d'ordonner en vertu du pouvoir de commandement qui lui appartient.

D'ailleurs, un arrêt de Cassation de 1859 (1) est en ce sens. La Cour de Paris ayant interdit à l'une des parties de porter un nom revendiqué par l'autre, l'avait condamnée à payer 50 francs de dommages-intérêts par chaque contravention constatée. La Cour de Cassation jugea que cette décision n'était que « la sanction de la défense ».

Nous invoquons à l'appui de notre manière de voir l'autorité de M. Esmein : « Tout ce que lui (lire au juge) a défendu le législateur moderne, dit-il, c'est de faire des règlements généraux, statuant pour l'avenir et à l'égard de tous. Mais quand il émet à l'égard de l'une des parties en cause un ordre ou une prohibition qui se rapporte et se limite à l'objet du débat, il ne fait rien de tel » (2).

Du reste, aux termes de l'article 1134 *in fine* du Code civil, « le juge doit veiller à leur (lire des obligations) exécution ». En employant l'astreinte, il ne fait que remplir le devoir que ce texte lui impose.

L'objection d'excès de pouvoir de la part du juge qui se sert de l'astreinte n'est donc pas plus justifiée que les autres.

(1) V. Cass., 6 juin 1859 (J. P., 59, p. 1179).

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 50. — Dans le même sens v. Cass., 13 décembre 1886 (S., 87, I, 176 ; — D., 87, I, 386).

NEUVIÈME OBJECTION

Cette objection est tirée de la règle que les jugements doivent être motivés.

Aux termes des articles 141 du Code de procédure civile et 7 alinéa 2 de la loi du 20 avril 1810, les jugements doivent être motivés à peine de nullité.

« Trois considérations, dit M. Garsonnet, justifient la rigueur de la loi : les parties seront mieux jugées ; le public aura plus de confiance dans les magistrats, s'il peut discuter les motifs de leurs jugements ; les juges eux-mêmes seront mieux respectés, car on ne pourra les accuser d'arbitraire ni de partialité » (1).

Les juges doivent donc motiver leurs décisions ; or, dit-on, ils ne motivent pas la condamnation comminatoire qui sert d'astreinte.

Nous répondons que la jurisprudence considère comme suffisamment motivés les jugements qui, sans contenir à proprement parler, des motifs précis, renferment implicitement les motifs (2).

Or, nous pensons que les motifs des jugements qui prononcent des astreintes sont implicites ; il est inutile de les indiquer ; le caractère comminatoire de ces jugements et leur but bien marqué d'intimidation ne sont-ils pas des motifs dont l'existence est évidente ?

(1) Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. III, p. 206.

(2) V. à ce sujet la thèse précitée de M. Leroux.

SECTION III

Exposé et critique de diverses théories justificatives du système des astreintes (théories de MM. Labbé, Aubry et Rau, Meynial, Esmein, Leroux).

Plusieurs auteurs ayant essayé de justifier le système des astreintes, nous devons dans cette étude exposer leurs théories et en faire la critique.

MM. Labbé, Aubry et Rau et Meynial cherchent à démontrer que le système de la jurisprudence, tel qu'il résulte des arrêts, peut se justifier dans certaines hypothèses.

M. Esmein veut établir la légalité des astreintes en se servant de la méthode historique; il critique souvent les décisions des juges et montre ce qu'elles devraient être.

Enfin, M. Leroux prétend que, bien que la théorie des astreintes soit illégale, comme contraire aux principes fondamentaux du Code civil, il existe des procédés légaux permettant d'arriver au même résultat qu'elle.

THÉORIE DE M. LABBÉ

D'après M. Labbé, dont nous avons déjà cité l'étude, le taux de l'astreinte n'excède jamais la

valeur de la créance, car, dit-il, si les dommages-intérêts ont bien pour résultat d'appauvrir le débiteur, ils n'enrichissent jamais le créancier. Jamais, dit M. Labbé, les dommages-intérêts ne doivent être supérieurs au préjudice causé, mais ils peuvent lui être plus ou moins inférieurs, à raison du degré différent de faute du débiteur (1).

« En effet, pour voir s'il y a contrainte, c'est au point de vue du débiteur et non à celui du créancier qu'il faut se placer. Or, la valeur du fait à prester n'est pas toujours la même pour l'un et pour l'autre. Les dommages-intérêts, n'étant qu'un équivalent de la créance, seront donc souvent supérieurs à l'équivalent de la dette, d'où il suit que le débiteur sera plus ou moins poussé à exécuter son obligation en nature, suivant que les dommages-intérêts prononcés seront plus ou moins supérieurs à la valeur de la dette, tout en restant inférieurs ou égaux à la valeur de la créance. Cette pression exercée sur la volonté du débiteur est une contrainte.

« Même si la valeur de l'objet est égale pour le débiteur et pour le créancier, il pourra y avoir encore contrainte surtout dans les obligations légales. Elles ont en effet ceci de particulier que la valeur de leur objet est presque inappréciable (c'est par exemple l'obligation de livrer des enfants), et

(1) V. Labbé, *Revue pratique de droit français*, t. L, 1881.

si haut que le juge fixe les dommages-intérêts, ils seront toujours inférieurs à la valeur du préjudice causé. Dès lors, la contrainte résultera non pas de ce que le débiteur estime moins haut que le créancier l'objet de son obligation, mais de ce que la valeur de la réparation à donner paraîtra de plus en plus grande à mesure qu'il approchera de sa ruine. Donc, il suffit, pour qu'il y ait contrainte que les dommages-intérêts puissent varier au-dessous du préjudice causé. La contrainte ainsi comprise est légitime; elle résulte de ce principe que le créancier a droit à une réparation intégrale du dommage. C'est bien ce que la jurisprudence a voulu consacrer, car, si on examine de près les arrêts, on peut remarquer qu'à côté de la notion de contrainte qu'elle fait intervenir, elle a toujours soin d'indiquer que cette contrainte existe dans les limites du préjudice (1). Ce qui cause l'erreur des interprètes, c'est qu'en matière d'obligations légales, le préjudice est de beaucoup supérieur à ce qu'il pourrait être, et les juges, bien que n'en atteignant pas la limite, semblent l'avoir dépassée » (2).

Ainsi, M. Labbé établit une valeur différente à la prestation suivant qu'on l'envisage au point de vue du débiteur ou au point de vue du créancier. Le débiteur peut toujours échapper à la contrainte en offrant de s'exécuter ; s'il ne le fait pas, il montre

(1) Rejet, 25 mars 1857 ; — Paris, 7 août 1876.

(2) Ces lignes sont empruntées à l'article de M. Meynial, précité.

qu'il trouve plus avantageux de subir la contrainte que de s'exécuter.

Contrairement à M. Labbé, nous pensons que la prestation a la même valeur qu'on se place au point de vue du débiteur ou à celui du créancier. Nous ne voyons pas la raison pour laquelle M. Labbé établit une différence de valeur pour cette même prestation selon qu'on l'envisage au point de vue du créancier ou à celui du débiteur ; cette distinction ne repose sur aucun fondement.

D'autre part, pour apprécier les dommages-intérêts, M. Labbé se place au point de vue du débiteur ; il nous semble qu'il faudrait se placer au point de vue du créancier : il y aurait contrainte si le créancier touchait des dommages-intérêts plus élevés que ceux des articles 1148 et suivants ; dans le cas contraire, il y a simplement réparation.

Du reste, M. Labbé est en contradiction avec la jurisprudence. Il dit que si haut que le juge fixe les dommages-intérêts, ceux-ci seront toujours inférieurs à la valeur du préjudice causé. Or très souvent, l'intention du juge est de donner à l'astreinte le caractère de peine, et par conséquent de lui faire franchir les limites du préjudice causé. Comme exemple, citons l'arrêt de la Cour de Paris (Affaire de Beauffremont), qui, s'il prononce des dommages-intérêts « eu égard au dommage à réparer », déclare en même temps qu'ils seront « proportionnels à l'importance des revenus dont la saisie a été demandée ».

Par conséquent, d'une part, l'explication du système des astreintes, que donne M. Labbé, est en contradiction avec les arrêts qui, très souvent, nous le répétons, prononcent les dommages-intérêts à titre de peine.

D'autre part, et c'est le plus grand reproche que nous adressions à la théorie de M. Labbé, cet auteur ne voit dans l'astreinte que la réparation du préjudice. Il en méconnaît la vraie nature, et, pour chercher à établir l'existence d'une contrainte dans les limites de ce préjudice, il est obligé de passer sous silence toute une catégorie de décisions judiciaires qui prononcent l'astreinte « à titre de peine ».

Il est donc légitime de dire que M. Labbé cherche à justifier d'une façon qui n'est que partielle la théorie de la jurisprudence. Il n'arrive du reste pas à ses fins, car il méconnaît la vraie nature de l'astreinte, qui est une menace. Sa théorie est édifiée sur des propositions sans fondement, sur des distinctions injustifiées : nous ne pouvons l'admettre.

THÉORIE DE MM. AUBRY ET RAU (1)

Ces auteurs font une distinction : s'il s'agit d'obligations dont l'accomplissement exige l'action personnelle du débiteur, ils déclarent que ce dernier

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 38 et suivantes.

ne saurait y être contraint, ni directement, ni indirectement.

Quant aux obligations dont l'accomplissement n'exige pas l'intervention personnelle du débiteur, MM. Aubry et Rau déclarent que le juge peut ordonner à son gré, soit l'exécution directe, soit un équivalent, soit une contrainte par jour de retard : dans ce cas les astreintes deviennent légales pour eux.

Observons tout d'abord que MM. Aubry et Rau décident que l'usage de la contrainte indirecte est légal, dans des cas où la contrainte directe est possible. Nous ne voyons pas quel peut être dans ces cas l'utilité de l'astreinte : celle-ci est destinée à faire obtenir l'exécution d'obligations quand cette exécution ne peut être obtenue directement, par exemple parce qu'elle exigerait l'emploi de la contrainte sur la personne et que cette dernière est interdite; — mais lorsqu'il est possible de contraindre directement le débiteur, pourquoi recourir au moyen indirect qu'est l'astreinte?

Sur quelles bases la théorie de MM. Aubry et Rau est-elle édifiée? Sur certains arrêts, dont nous ne donnerons qu'un exemple, l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 4 juillet 1865 (1), (Rosa Bonheur contre Pourchet).

Un jugement du Tribunal de Fontainebleau avait condamné Rosa Bonheur à 20 francs par jour de retard apporté à la confection d'un tableau estimé

(1) V. S., 65, 2, 233.

8.000 francs. La Cour convertit cette condamnation en 4.000 francs de dommages-intérêts, faute de livraison dans les six mois. Il s'agissait bien d'un fait personnel; voilà pour MM. Aubry et Rau, la raison pour laquelle le refus devrait entraîner la condamnation définitive à des dommages-intérêts.

Nous reconnaissons que l'arrêt distingue entre le refus et le retard; mais il convient d'observer qu'il ne parle pas d'astreinte ; la condamnation à 4.000 francs a pour but unique la réparation du préjudice moral.

A supposer même que cet arrêt fût relatif à une astreinte, il nous semble qu'il est téméraire de tirer argument d'un arrêt isolé.

D'ailleurs, MM. Aubry et Rau ne donnent pas les raisons de la distinction qu'ils établissent; ils ne disent pas pourquoi ils rejettent l'emploi de l'astreinte aux obligations dont l'accomplissement exige l'action personnelle du débiteur.

En outre, leur théorie est en contradiction avec les arrêts. Ces auteurs condamnent l'emploi de l'astreinte quand il s'agit d'obligations exigeant pour leur accomplissement l'action personnelle du débiteur. Or, d'après l'analyse des arrêts, à laquelle nous renvoyons, on peut se convaincre que dans la grande majorité des cas, l'astreinte est employée chaque fois qu'on se heurte à une impossibilité d'exécution de la part de la personne du débiteur (1).

(1) V. en particulier Cass., 26 juin 1878 (S., 79, 1, 176).

En résumé, la théorie de MM. Aubry et Rau n'est pas suffisamment développée et justifiée. En outre, elle est en contradiction avec les décisions de la jurisprudence.

THÉORIE DE M. MEYNIAL (1)

M. Meynial fait une distinction entre les obligations de faire soumises à l'article 1142 et celles qui sont en dehors de son application : « On conçoit, dit-il, que dans ces dernières l'emploi de la contrainte indirecte ait paru plus légitime que dans les autres, car, pour elles, l'exécution forcée en nature étant permise, il semble qu'on puisse, afin d'y parvenir, prendre tous les moyens, même différents de la « *manus militaris* ». Les autres, au contraire, ne peuvent être exécutées en nature que du plein gré du débiteur ».

De plus, M. Meynial oppose les obligations conventionnelles exigeant pour leur accomplissement le fait personnel du débiteur, aux obligations légales; il reconnaît au juge le droit de prononcer des astreintes dans ce dernier cas; « si l'on résistait à la « *manus militaris* » ou à la saisie, le tribunal pourrait prendre toutes mesures pour les faire triompher » (2).

Ainsi, d'après M. Meynial, l'emploi de l'astreinte

(1) V. son article précité, dans la *Revue pratique*.
(2) Meynial, *op. cit.*, p. 477.

serait légal quand la « *manus militaris* » serait permise.

Nous ferons tout d'abord observer que cet auteur n'admet pas l'emploi de la « *manus militaris* » pour toutes les obligations légales (1) ; dès lors, il aurait dû établir le criterium qui permît de déterminer exactement son champ d'application ; il ne l'a pas fait ; il en résulte un manque de précision.

En outre, M. Meynial dit : l'usage de l'astreinte est légal quand la « *manus militaris* » est permise. Ce criterium n'est pas le nôtre. Il nous semble que ce fait que la « *manus militaris* » est permise constitue un motif suffisant pour ne pas permettre l'emploi de l'astreinte qui, en ce cas, fait double emploi.

Enfin, pour justifier le taux exagéré de l'astreinte dans les obligations conventionnelles, M. Meynial dit que « l'inexécution de l'obligation peut constituer un véritable délit civil ; le débiteur sera alors condamné au montant des dommages-intérêts prévus pour ce qui touche à l'inexécution de la convention et à un supplément de réparation à raison du dommage que l'acte injuste a causé à autrui (articles 1150 et 1151 du Code civil) » (2).

Nous repoussons ce raisonnement, car, d'une part, nous le répétons, l'idée de dommage ne doit pas intervenir quand il s'agit d'astreinte ; d'autre part, il

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 426, note 2.
(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 38 et suivantes.

n'existe pas de délit civil dans notre droit actuel; le législateur seul pourrait en établir.

En résumé, M. Meynial établit des distinctions qu'il ne justifie pas. Du reste, la justification qu'il prétend faire n'est que théorique ; elle ne porte pas sur la légalité des astreintes.

En dernier lieu, nous ferons une observation commune aux théories de MM. Aubry et Rau et de M. Meynial.

D'une part, MM. Aubry et Rau prétendent que la condamnation peut porter, s'il s'agit d'obligations ayant pour objet des actes pouvant être exécutés par un autre que le débiteur, soit sur des dommages-intérêts, soit sur l'objet même de l'obligation, et ne peut porter que sur des dommages-intérêts s'il s'agit d'actes ne pouvant être exécutés que par le débiteur (1).

D'autre part, d'après M. Meynial, quand l'exécution de l'obligation exige un acte personnel du débiteur et que celui-ci refuse d'exécuter cette obligation, sans arguer de son inexistence ou de sa nullité, reconnaissant par conséquent l'existence de la dette, le juge pourra condamner directement à des dommages-intérêts, mais il pourra condamner en même temps le débiteur à exécuter le fait dans un certain délai, en lui laissant le choix entre l'exécution des deux condamnations (2).

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 432.
(2) Meynial, *op. cit.*, p. 433.

Ces prétentions de MM. Aubry et Rau et de M. Meynial laissent supposer que la condamnation pécuniaire peut être directe et par conséquent que l'obligation de faire est ou alternative ou facultative.

Nous pensons, au contraire, que le jugement doit toujours porter condamnation à l'exécution, « même en cas de refus catégorique d'exécuter », car le tribunal doit statuer sur la demande du créancier qui réclame l'exécution qui seule, est dûe.

La condamnation n'est que l'apposition d'une formule exécutoire à une obligation jugée préexistante : reconnaître une obligation, et ne pas en ordonner l'exécution, mais conclure simplement à l'exécution d'une autre obligation estimée équivalente, serait contraire à l'essence même de la condamnation (1).

L'obligation de faire ou de ne pas faire n'est pas alternative : cette dernière comprend deux prestations sous une alternative, de sorte que le débiteur n'est tenu d'effectuer que l'une d'elles (Article 1189 du Code civil). « *Alterius solutio totam obligationem interimit* ». Par exemple, je constitue à ma fille par son contrat de mariage une dot consistant en une somme de 200.000 francs ou en terres d'égale valeur, je ne devrai payer que l'une des deux choses. Autre exemple : le débiteur s'engage à donner son cheval ou son bœuf ; s'il donne son bœuf, il sera libéré ; il a le choix.

(1) Massin, *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, thèse, Paris, 1893.

L'obligation de faire qui nous concerne n'est pas alternative : dans cette dernière, les deux choses sont comprises dans l'obligation primitive de la même manière; au contraire, dans notre cas, seule, l'exécution en nature est dûe ; la condamnation à des dommages-intérêts qui peut survenir n'est que subsidiaire, ainsi que le montre le passage suivant du livre précité de MM. Baudry-Lacantinerie et Barde : « Nous estimons que les juges doivent condamner le débiteur à exécuter directement l'obligation de faire ou de ne pas faire, sauf à prononcer une condamnation « subsidiaire » à des dommages-intérêts, ou même en ajoutant simplement que dans le cas d'inexécution, il sera fait droit » (1).

Nous lisons également dans le Commentaire théorique et pratique du Code civil de Huc, ce qui suit : « En cas d'inexécution, les obligations de faire se résolvent, c'est-à-dire se transforment en une obligation « subsidiaire » de payer des dommages-intérêts. L'obligation de faire, bien que se résolvant en dommages-intérêts n'est donc pas alternative pour le débiteur. Les dommages-intérêts ne sont pas l'objet de l'obligation ; ils en sont l'effet accidentel en cas d'inexécution » (2).

L'obligation de faire a donc pour objet unique le fait ou l'abstention, et non le fait et l'abstention ou les dommages-intérêts. Puisque l'obligation « se

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 431.

(2) Huc, *op. cit.*, n° 135. — V. aussi Req. 24 février 1862 (S., 62, 1, 242).

résout » en dommages-intérêts, elle ne les comprenait pas.

L'obligation de faire ou de ne pas faire n'est pas davantage facultative : celle-ci comprend une seule prestation avec faculté pour le débiteur de se libérer en accomplissant une autre prestation : celle-ci est « *in facultate solutionis* »; celle-là est « *in obligatione* ». Dans l'hypothèse que nous envisageons, l'obligation n'est pas facultative, car le tribunal a le devoir de condamner à l'acte et non pas à des dommages-intérêts.

L'objet de l'obligation de faire étant donc unique, la condamnation portera toujours sur cet objet. Il sera l'objet principal de la condamnation; l'allocation de dommages-intérêts ne sera faite que subsidiairement pour le cas où l'obligation ne serait pas exécutée.

Nous repoussons donc les théories de MM. Aubry et Rau et Meynial, d'après lesquelles le juge pourrait condamner à titre principal à des dommages-intérêts : la condamnation à titre principal doit porter sur le fait; à titre subsidiaire, elle peut porter sur des dommages-intérêts.

THÉORIE DE M. ESMEIN

M. Esmein a combattu l'opinion courante qui fait remonter le premier exemple d'astreinte à 1824. Dans son article sur « l'Origine et la logique des Astreintes », que nous avons déjà cité, il démontre

que la pratique des astreintes était courante dans notre ancien droit, et que c'est par l'histoire qu'il convient de l'expliquer et de la justifier.

Pour cet auteur, la clef de la question est l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 novembre 1841 (1), qui fait une distinction entre les « *ordinatoria* » et les « *decisoria judicia* »; (nous avons mentionné cet arrêt dans la section relative à l'évolution du système des astreintes).

Le raisonnement de M. Esmein est le suivant : le juge a le double pouvoir de donner des ordres et de rendre des jugements, et l'astreinte est une émanation du premier pouvoir. En conséquence, elle ne viole aucun texte, puisqu'elle n'est régie par aucun.

M. Esmein démontre l'existence de ce double pouvoir du juge, 1°) dans notre ancien droit, 2°) dans notre droit actuel.

Pour la démonstration relative à l'ancien droit, nous renvoyons au deuxième paragraphe de la section première de notre deuxième partie. Nous avons indiqué comment M. Esmein a démontré qu'à cette époque, le juge avait le droit de donner des ordres.

Pour établir que le juge a encore ce droit à l'heure actuelle, cet auteur présente trois arguments.

1°) Un passage d'Henrion de Pansey, écrit en 1810. Cet « éminent représentant de la magistrature nouvelle », suivant l'expression de M. Esmein, disait

(1) V. S., 42, 1, 170.

à cette époque : « L'autorité judiciaire se compose de deux éléments, la juridiction et le « commandement ». Il divise celui-ci en deux branches. La première est la coercition, qui « consiste dans le droit qui appartient à tous les juges de punir par des peines légères, telles qu'une amende peu considérable ou un emprisonnement de peu de durée, les injures qui leur seraient faites dans l'exercice de leurs fonctions ». Mais « cette coercition n'est qu'une faible partie du commandement judiciaire. L'autre branche est beaucoup plus importante, c'est le commandement proprement dit... Le juge peut statuer par des jugements pour « prescrire ou défendre », pour condamner ou absoudre. Pour remplir le vœu de la loi et le but de cette institution, il suffisait donc qu'au droit de juger fût unie une portion de la force publique telle qu'elle pût assurer l'exécution de « tous les ordres », de toutes les ordonnances, de tous les jugements; et, en effet, c'est à cette exécution que se borne le commandement judiciaire » (1).

M. Esmein tire à juste titre de cette citation la conclusion que la tradition n'a pas été interrompue, « que le juge peut encore donner des ordres, prescrire et défendre. Tout ce que lui a défendu le législateur moderne, c'est de faire des règlements généraux, statuant pour l'avenir et à l'égard de tous ».

(1) Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, ch. IV, Paris, 1810, p. 101 et suivantes.

2°) Le pouvoir de commander est consacré par l'article 1036 du Code de procédure civile; nous avons parlé de ce texte, et nous avons pu voir en effet qu'il consacrait le pouvoir de commandement au profit du juge actuel.

3°) L'article 512 du Code de procédure civile fournit une nouvelle preuve du pouvoir accordé aux juges de punir. Ce texte est conçu de la façon suivante : « Il ne pourra être employé aucun terme injurieux contre les juges, à peine, contre la partie, de telle amende, et contre son avoué, de telle injonction ou suspension qu'il appartiendra ». Ce texte est exceptionnel, mais il faut remarquer que les mots « à peine, contre la partie, de telle amende » et « qu'il appartiendra » sont exactement l'ancienne formule qui servait à désigner l'amende arbitraire.

M. Esmein démontre donc que de tout temps les astreintes ont été admises dans notre ancien droit; que, dès lors, puisqu'elles n'ont été prohibées par aucun texte, leur existence est encore légale de nos jours. Cet auteur, nous l'avons vu, établit que la légalité du procédé de l'astreinte résulte du pouvoir de commandement que possède le juge.

La théorie de M. Esmein nous paraît critiquable à un premier point de vue : d'après cet auteur, la théorie des dommages-intérêts ne saurait être appliquée aux obligations légales dans aucune de ses parties, car elle suppose essentiellement une obligation dont l'objet a une valeur pécuniaire; or,

l'objet des obligations légales ne pouvant être estimé en argent, il est impossible d'allouer des dommages-intérêts (1).

Nous sommes d'un avis contraire : si les obligations légales touchent, d'une part, à l'intérêt public, elles touchent, d'autre part, aux intérêts privés ; par conséquent, leur inexécution peut donner lieu à une condamnation à des dommages-intérêts : le débiteur reste tenu toutefois de l'obligation légale, outre la condamnation pécuniaire.

Mais cette critique n'est que secondaire ; nous nous écartons en quelque sorte de notre sujet des astreintes, en discutant la question de l'application de la théorie des dommages-intérêts aux obligations légales.

Nous adresserons à la théorie de M. Esmein un reproche plus grave : elle ne fait pas ressortir comment la tradition peut être invoquée à l'appui de la thèse de la légalité des astreintes. L'auteur établit que cette tradition n'est pas interrompue (cette opinion est, du reste, la nôtre) ; mais ce n'est pas assez faire. Il faudrait démontrer comment la tradition peut être invoquée comme source formelle de droit privé, et expliquer comment, en l'état actuel de notre droit, elle peut servir à combler une lacune de la loi et à être prise pour base légale du système des astreintes.

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 21.

THÉORIE DE M. LEROUX

M. Leroux s'exprime de la façon suivante, sur la question de la légalité des astreintes : « Nous voilà, au sujet des astreintes, aux prises avec deux théories bien opposées : la théorie de la doctrine, conforme aux stricts principes juridiques, et d'autre part, la théorie de la jurisprudence qui poursuit, il faut l'avouer, un but moral et juridique : moral, il est de toute évidence et de simple bonne foi qu'un individu doit exécuter une obligation par lui contractée, une promesse ; juridique, en ce sens que les conventions tiennent lieu de loi entre les parties (art. 1134).

« Quel parti prendre ? Doit-on s'incliner aveuglément devant la jurisprudence en sa seule qualité de jurisprudence ? Doit-on interpréter le droit de la façon la plus large, sans s'inquiéter des textes de loi ? ou, tout en respectant la loi, et en profitant des tendances jurisprudentielles, n'y a-t-il pas moyen de concilier, du moins pour la théorie qui nous occupe, la jurisprudence et la doctrine ? » (1). Et plus loin : « Il est incontestable que la théorie des astreintes a une large part de justice et que le résultat auquel elle tend, et qu'elle obtient en réalité, est des plus désirables..... Nous allons maintenant essayer de chercher « un procédé légal », juridique, pour atteindre le but que se propose la jurispru-

(1) Leroux, *op. cit.*, p. 125.

dence, de façon à concilier à la fois doctrine et jurisprudence, droit et équité... Comment trouver ce procédé légal ? Nous nous aiderons, pour arriver au résultat cherché, de trois règles fondamentales.

1°) Le tribunal a le droit d'apprécier les dommages-intérêts très largement, quand il statue sur l'avenir ;

2°) Le tribunal peut tenir compte du préjudice moral ;

3°) Le tribunal a le droit d'accorder un terme en faveur du créancier » (1).

A l'aide d'exemples, dont plusieurs sont empruntés à Pothier, et dont un autre est tiré de l'arrêt de requête du 1er décembre 1897, condamnant la Compagnie d'électricité à 10.000 francs de dommages-intérêts par jour, pour privation de la lumière électrique dans un hôtel, M. Leroux établit que le tribunal a le droit d'apprécier très largement les dommages-intérêts quand il statue pour l'avenir ; il doit même rechercher le maximum éventuel ; et c'est ce qu'il fait dans les astreintes.

Par exemple, en ce qui concerne l'arrêt de requête du 1er décembre 1897, au sujet de la lumière électrique, M. Leroux dit : « D'abord, le défaut de lumière peut entraîner très facilement le maître d'hôtel à une dépense réelle de cent francs par jour ; le premier jour, il a été obligé d'acheter des lampes, puis chaque jour du combustible, huile ou pétrole,

(1) Leroux, *op. cit.*, p. 136 et suivantes.

pour alimenter ses lampes. Nous évaluons là le dommage immédiat, les dépenses nécessaires pour se procurer une autre lumière. Mais il ne s'agit pas seulement du présent, il faut aussi envisager l'avenir. Le maître d'hôtel, par la privation de la lumière électrique, verra très notablement diminuer sa clientèle, qui, habituée au luxe et au confortable, ne trouvant plus satisfaction chez lui, ne se fera aucun scrupule de le quitter, pour aller, par exemple, dans un autre hôtel voisin et souvent, par suite, en concurrence avec le premier.

« Les clients sont partis ; ils ne reviendront pas. Notre maître d'hôtel sera forcé d'envoyer des circulaires, de faire des visites, des voyages même, de perdre son temps pour tâcher de regagner la confiance de ses anciens clients, et tenter, le plus souvent inutilement, de les ramener à lui. L'hôtel devient mort, les affaires périclitent, et notre maître d'hôtel est ruiné.

« On pourra donc comprendre, à la rigueur, que le juge, dont le devoir est d'envisager toutes ces funestes conséquences, ait pu condamner la Compagnie d'électricité à 10.000 francs de dommages-intérêts par jour, chiffre qui, au premier abord, peut paraître excessif » (1).

L'application de la première règle indiquée par M. Leroux a pour conséquence de permettre aux

(1) Leroux, *op. cit.*, p. 142 et 143.

juges de prononcer des condamnations dont le taux pourrait, à première vue, sembler exagéré.

M. Leroux démontre ensuite que le tribunal peut tenir compte du préjudice moral.

D'après Ihering, à l'époque classique romaine, « le demandeur devait recevoir réparation non seulement pour les pertes pécuniaires, mais aussi pour les restrictions apportées à son bien-être, ou à ses convenances, pour les désagréments, les agitations d'esprit, les vexations qui lui ont été causées » (1).

M. Leroux montre que, dans notre droit moderne, les applications de l'intérêt moral sont fréquentes :

« Cet intérêt moral, dit-il, comment le protéger? Ces préjudices moraux, comment les réparer? On ne peut songer à des réparations morales; que deviendraient alors les principes de liberté individuelle, de dignité humaine? Que reste-t-il donc comme réparation possible, si ce n'est des réparations pécuniaires. Sans doute, l'argent ne peut être l'équivalent des dommages moraux, comme il est celui des dommages pécuniaires. Mais l'équivalence n'est pas indispensable.... L'argent pourra toujours jouer le rôle d'indemnité, de compensation, de satisfaction; évidemment, l'argent n'est pas la réparation adéquate, mathématique de la perte, par exemple, de notre considération ou d'une affection;

(1) Ihering, *Œuvres choisies*, traduction Meulenaere, t. II, p. 155 et suivantes.

mais, par les emplois multiples que l'on peut en faire, il peut servir à atténuer dans une large mesure ces préjudices moraux » (1).

M. Leroux démontre que cette idée d'évaluation pécuniaire d'un intérêt purement moral trouve son fondement à la fois dans les procédés de notre jurisprudence et dans les textes du Code. La place nous manque ici pour donner toutes les explications de M. Leroux; nous renvoyons à sa thèse, pages 146 et suivantes.

Donnons seulement quelques exemples de préjudice moral.

Tout d'abord, il peut s'agir de préjudice moral entraînant à sa suite un préjudice pécuniaire éloigné. Par exemple, il a été décidé qu'une mère, que la mort de son fils, tué par crime ou par imprudence, en duel par exemple, prive non seulement de secours donnés à elle-même, mais aussi d'un concours qu'elle recevait pour l'entretien d'enfants majeurs tombés à sa charge par l'effet d'infirmités ou d'un état d'aliénation mentale, est fondée à demander en son seul nom, la réparation de ce double préjudice à l'auteur du crime ou de l'accident (2).

Le préjudice peut être précis; la souffrance morale

(1) Leroux, *op. cit.*, p. 144 et suivantes.

(2) Crim., Req., 20 février 1863 (Dalloz, 1864, 1, 99); — V. aussi Dalloz, 1872, II, 97; — Dalloz, 73, II, 197; — Dalloz, 64, I, 99; — Dalloz, 73, II, 57. — 7 novembre 1900, *Gazette des Tribunaux*, 29 novembre 1900.

peut être déterminée. Par exemple, un individu prend le train pour assister à une inhumation d'un ami ou d'un parent ; par suite d'un retard, une correspondance est manquée et notre individu arrive après l'inhumation. Il subit par ce fait un dommage moral précis, un dommage de cœur, si l'on peut dire. La compagnie du chemin de fer lui devra une indemnité en argent (1).

« L'argent peut, dans la société moderne, procurer les jouissances les plus diverses du cœur, de l'esprit et des sens. Grâce à l'argent accordé sous forme de dommages-intérêts, chacun pourra, suivant son instinct, ses goûts, son tempérament, se procurer des impressions agréables, qui viendront atténuer les sensations désagréables ou douloureuses qu'il aura ressenties. Tout préjudice moral se résout en un sentiment de souffrance, intime, personnel. Ce sentiment de souffrance, l'argent l'atténuera, non point par sa nature propre, mais par les satisfactions de tout ordre, que sa valeur d'échange nous procurera. Et, grâce à l'argent, c'est, non seulement de notre goût et de notre tempérament que nous pourrons tenir compte, lorsqu'il s'agira de choisir la sensation réparatrice, mais encore de la nature spéciale du préjudice que nous avons subi. C'est dans notre vie sensuelle, dans notre repos, dans nos plaisirs que nous avons été frappés ; c'est à augmenter notre

(1) V. Dalloz, 1901, II, 401 ; — V. aussi Cass., Req., 16 janvier 1877 (Dalloz, 77, I, 85) ; — Orléans, 2 mars 1881 (Dalloz, 82, II, 214 ; — Req., 22 décembre 1897 (D., 99, I, 85).

bien-être, nos jouissances extérieures que pourront servir les dommages-intérêts. C'est dans les sentiments d'affection que nous portons à notre famille, dans les sentiments de respect et de vénération dont nous entourons la tombe de nos parents disparus, que nous avons été frappés ; les dommages-intérêts ne trouvent-ils pas leur emploi dans des œuvres de religion, de charité, de solidarité ? » (1).

Enfin, il peut y avoir atteinte aux affections, parce que, par exemple, nous avons perdu une personne chère à la suite d'un accident ; ce préjudice moral pourra être l'objet d'une réparation pécuniaire. Ainsi un jugement du tribunal civil de la Seine du 13 avril 1893 (2) dit « que si la dame X... n'a subi aucun préjudice matériel, il n'est pas douteux que la mort de sa mère et de son frère lui a causé un préjudice moral dont il lui est dû réparation ; que cette réparation ne doit être toutefois que la juste compensation de sa douleur et non la source pour elle d'un bénéfice inespéré ».

Rappelons un jugement typique du tribunal civil de Lyon du 26 mai 1897 : Une femme Perret, internée à l'asile de Brou, y succombe à la suite de brûlures causées dans son bain en l'absence de l'infirmière, par l'ouverture d'un robinet d'eau chaude. L'administration départementale fut condamnée à 5,000 francs de dommages-intérêts. L'allocation était

(1) Thèse de M. Dorville, 1901 ; *De l'intérêt moral dans les obligations*, p. 70 et 71.

(2) *Gazette du Palais*, 1893, II, 273.

motivée sur « l'incontestable douleur morale et les souffrances qu'avait fait éprouver aux siens la mort de la mère de famille, surtout dans d'aussi pénibles circonstances » (1).

En résumé, les tribunaux doivent tenir compte du préjudice moral, qu'il soit à la fois pécuniaire et moral, ou purement moral ou déterminé, ou enfin qu'il ne soit qu'une simple atteinte à l'affection d'une personne. Cette règle permet au juge d'apprécier d'une façon très large la somme allouée au créancier contre le débiteur récalcitrant dans l'exécution d'une obligation, en un mot, pour fixer le taux de l'astreinte.

En ce qui concerne la réparation du préjudice moral, rappelons la théorie de M. Chausse, qui soutient que ce préjudice moral donne lieu par lui-même à une réparation pécuniaire (2).

Il donne l'exemple suivant : Une femme a déposé le portrait de son enfant mort entre les mains d'un tiers. Le portrait est détruit dans des conditions telles que le dépositaire est responsable. La femme pourra, d'après cet auteur, réclamer une somme

(1) V. aussi S., 1882, II, 183 et S., 1844, II, 550. — Il y a une réserve à faire pour les accidents tombant sous l'application de la loi de 1898 ; cette loi supprime, en matière d'accidents de travail, l'application de l'article 1382 et par suite la réparation pécuniaire du préjudice moral. Le législateur admet toujours au profit de l'ouvrier une indemnité.

(2) Chausse, De l'intérêt d'affection, *Revue critique*, 1895, XXIV, p. 437 in fine.

beaucoup plus forte que la valeur intrinsèque de la photographie.

D'après M. Chausse, l'expression « en général » de l'article 1149, dont nous avons déjà parlé, semble réserver les cas où le dommage à réparer serait d'un autre ordre que matériel (1).

M. Chausse réfute l'objection de MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, d'après qui l'allocation d'une somme d'argent à raison de la lésion d'un intérêt d'affection constituerait une peine. « La peine, dit-il, se caractérise par ces deux éléments : 1°) elle enrichit le créancier ; 2°) elle appauvrit le débiteur. Or, aucun de ces caractères ne se rencontre ici. Le créancier préférerait de beaucoup l'exécution en nature à la condamnation pécuniaire ; dans sa pensée, la prestation elle-même a une valeur supérieure au prix qu'il obtient, et quant au débiteur, on ne saurait dire qu'il subit un appauvrissement, puisque, en s'exposant à la condamnation en argent, il a estimé que cette condamnation lui était plus avantageuse que l'exécution de la promesse » (2).

La troisième règle établie par M. Leroux peut être énoncée de la façon suivante : le terme peut être établi en faveur du créancier. Cette règle trouvera son application en cas d'astreinte, comme nous l'avons déjà établi plus haut.

(1) Chausse, *Revue critique*, p. 444.
(2) Chausse, *op. cit.*, p. 445.

Ainsi, à l'aide de trois règles, M. Leroux trouve un procédé légal permettant de concilier la doctrine, qui déclare le procédé de l'astreinte illégal comme étant contraire aux principes fondamentaux de nos Codes, et la jurisprudence dont la théorie a pour conséquence de procurer l'exécution des obligations en triomphant de la résistance obstinée du débiteur.

Nous ne contestons pas la justesse des règles énumérées par M. Leroux, mais nous pensons, d'une part, qu'elles sont plutôt relatives à la théorie des dommages-intérêts qu'à celle des astreintes ; d'autre part, et surtout, qu'il est inutile de chercher des procédés légaux permettant d'atteindre le but auquel tend le système des astreintes, car nous prétendons que celui-ci est légal; nous essaierons d'en faire la démonstration dans la section suivante.

SECTION IV

Justification de l'astreinte.

Cette section comprendra deux paragraphes : le premier, relatif à la légitimité théorique de l'astreinte ; le second, concernant sa justification légale.

§ I^er^. — *Justification théorique.*

En théorie, l'emploi d'une contrainte pécuniaire, en cas d'inexécution d'une obligation de faire, peut se justifier par la raison suivante : l'idéal est de procurer au demandeur l'objet de l'obligation ; faute de moyens directs, pourquoi ne serait-il pas permis de recourir aux moyens indirects ? Dans le cas d'impossibilité d'exécution directe d'une obligation résultant de ce que l'emploi de la contrainte sur la personne est interdite, pourquoi ne pourrait-on pas aboutir à l'exécution en nature en se servant d'une contrainte indirecte sur les biens du débiteur ?

Cette contrainte n'est pas immorale (1), car la personne du débiteur demeure à l'abri de toute violence. On ne peut, d'autre part, invoquer contre ce

(1) En ce sens, V. Garsonnet, *op. cit.*, p. 450.

procédé l'article 1142 du Code civil, car nous avons vu que cet article prohibe seulement la contrainte sur la personne; il ne fait pas d'allusion à la contrainte sur les biens.

La contrainte indirecte fonctionne comme menace pour inviter le débiteur à l'exécution tant qu'on la lui demande, et, comme sanction, lorsque le créancier est contraint par suite de sa mauvaise volonté, à se passer de l'exécution. La menace ne sera pas immorale tant qu'elle ne portera que sur les biens, car l'action sur les biens étant licite pour procurer directement l'exécution, doit l'être également pour la procurer indirectement.

La contrainte indirecte se justifie donc en théorie; quand un individu a contracté une obligation, il doit l'exécuter au nom de l'équité et de sa conscience ; il est légitime de l'y contraindre à l'aide d'une contrainte indirecte pécuniaire sur les biens ; c'est ce qui a lieu dans l'astreinte.

§ II. — *Essai de justification légale.*

L'analyse de la jurisprudence en matière d'astreintes rapprochée de l'historique de la question dans notre ancien droit, nous a permis de constater que l'institution des astreintes y existait comme dans notre droit actuel, et qu'aujourd'hui ses caractères sont analogues à ceux qu'elle avait autrefois : l'astreinte est une menace, et, à ce titre, elle rentre dans le pouvoir de commandement du juge. Nous

avons démontré que ce pouvoir de commandement appartient au juge actuel comme il appartenait aux magistrats de notre ancien droit.

Nous avons en outre réfuté les objections faites par la doctrine au système des astreintes et montré que ce dernier n'était pas contraire aux principes fondamentaux de nos codes; par là-même nous avons justifié les caractères de l'astreinte.

Ayant ensuite établi la légitimité théorique de cette dernière, il nous reste à la justifier au point de vue légal. Nous le ferons en nous appuyant sur la tradition, en nous basant sur cette idée que l'astreinte, légale dans notre ancien droit (nous le démontrerons), a passé avec son caractère de légalité dans notre droit moderne, parce que la question des astreintes a échappé aux prévisions du législateur de nos Codes.

Nous devons tout d'abord établir que la tradition peut être comptée parmi les sources formelles du droit privé, ensuite montrer quelle est la valeur actuelle des traditions anciennes relativement aux questions sur lesquelles le législateur a gardé le silence.

Avant de démontrer que la tradition est une source formelle de droit privé, nous donnerons un aperçu général des sources formelles de droit privé : cette indication sera de nature, pensons-nous, à éclairer les développements futurs.

En premier lieu, il y a la loi : elle est la volonté d'un organe social déterminé, coulée dans une for-

mule verbale qui en fixe les contours et en définit le contenu pour l'imposer à tous. La loi vaut comme expression de la volonté de certains hommes, fixée en une formule écrite, et s'imposant à tous par la vertu du pouvoir appartenant à ses auteurs. La loi écrite est une injonction formulée au nom de l'État.

La loi n'étant pas autre chose qu'une volonté émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes, et condensée en une formule, interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative, à l'aide de la formule qui l'exprime ; cette recherche doit être faite sans idée préconçue, ni sur la perfection plus ou moins idéale de la règle à découvrir, ni sur son adaptation plus ou moins complète au milieu social dans lequel elle doit s'appliquer.

En restreignant ainsi, par une stricte interprétation, la portée des décisions légales, on aboutit à ouvrir la voie à d'autres sources, par exemple la coutume, les autorités et la tradition.

En ce qui concerne ces dernières, nous trouvons de longs renseignements dans le livre de M. Gény, intitulé « *Méthode d'interprétation en droit privé positif* ». Nous y puiserons de nombreux extraits, dans le but de faciliter notre première tâche, qui consiste à établir que la tradition est une source formelle de droit privé.

Avant de parler de la tradition, occupons-nous de la coutume, et laissons la parole à M. Gény : « La

formation d'un droit coutumier suppose d'abord que, par une suite suffisante d'actes répétés, se soit établie une pratique constante, concernant un rapport de la vie sociale; de plus, il faut, pour que le rapport consacré par l'usage soit érigé en rapport de droit positif, que la pratique d'où il résulte, le constitue avec un caractère de nécessité, de façon à l'imposer au besoin, en vertu d'une règle munie de la sanction publique » (1).

En d'autres termes, les actes d'où résulte l'usage doivent être accomplis avec la pensée de satisfaire à une obligation de droit.

« Il est très facile, dit M. Gény, de concevoir des règles de cette sorte, accréditées par un long usage, sous la sanction sociale. L'on sait que, dans la plus grande partie de notre ancienne France, d'importantes matières du droit privé, l'organisation de la propriété foncière, le régime des successions, le droit des gens mariés, nombre de formes de procédure et d'exécution forcée, etc..., n'avaient été constituées que par la coutume » (2).

Aucun texte général de nos lois françaises actuellement en vigueur ne s'est prononcé, soit pour l'autoriser, soit pour la prohiber, sur le rôle de la coutume juridique, à l'effet de suppléer ou d'interpréter la loi sur les points que celle-ci a négligés ou laissés dans l'ombre. Nous restons en présence du silence de la loi.

(1) Gény, *Méthode d'interprétation en droit privé positif*, p. 278.
(2) Gény, *op. cit.*, p. 280.

Il s'agit de savoir si, en vertu de la force qui lui est inhérente, la coutume ne s'impose pas tellement à côté de la loi écrite, et comme source parallèle ou subsidiaire à celle-ci, qu'elle doit être tenue pour capable d'engendrer des règles juridiques positives.

Pour résoudre cette question, il faut découvrir le fondement rationnel de la force obligatoire de la coutume.

M. Gény montre la théorie romaine reprise dans notre ancien droit; d'après elle, la force obligatoire de la coutume aurait pour fondement l'approbation tacite du législateur. Tandis que, par la loi écrite, le peuple exprime directement et ouvertement sa volonté, il la révèle, non moins effectivement, mais silencieusement dans la coutume. Cette théorie est encore, du reste, dit M. Gény, celle de nombreux auteurs.

M. Gény la trouve inexacte, et, s'inspirant des doctrines allemandes d'Hugo, de J. Moser, de Savigny et de Puchta, il dit « que le droit coutumier n'est pas autre chose que la révélation immédiate et spontanée de la conscience commune du peuple, se traduisant dans la conviction même des intéressés, tandis que la loi en est l'expression médiate et réfléchie, émanant d'organes spéciaux à ce destinés. Il en résulte que le droit coutumier ne saurait dépendre de la loi » (1).

De cette façon, la coutume est, à côté de la loi,

(1) Gény, *op. cit.*, p. 300.

une source indépendante, ayant son existence propre et son rôle indispensable.

Après avoir constaté, à toutes les phases de l'histoire du droit, le rôle important joué par la coutume dans la formation du droit privé positif, pour en induire, sur le terrain de l'observation sociale, la nécessité de sa reconnaissance comme source formelle de règles juridiques, M. Gény écrit : « Il faut, je crois, pénétrer plus avant dans la nature intime de la coutume, et montrer que ce phénomène répond à une véritable nécessité sociale permanente, en même temps qu'il est en harmonie avec les instincts profonds de l'humanité... D'une part, la sécurité indispensable aux intérêts privés, et la stabilité nécessaire des droits individuels, non moins que le besoin d'égalité qui fait le fonds de toute justice, exigent qu'une règle, accréditée par un long usage, avec le caractère d'obligation juridique, s'impose, à l'égal d'une loi, de façon à guider, sans hésitation, l'activité de tous. D'autre part, ce résultat fait écho à un sentiment profond de la nature humaine, qui enveloppe, d'un respect mêlé de crainte, la coutume des ancêtres et redoute de la changer. Enfin, et sans faire intervenir ici l'idée d'analogie avec la loi, que condamnerait la différence d'origine des deux sources, ne peut-on pas dire, du moins, que, la coutume supposant, par définition, l'assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit, cette reconnaissance générale essentielle-

ment volontaire, constitue le signe décisif de la valeur intrinsèque de cette règle et la meilleure garantie de l'équilibre qu'elle assure entre les intérêts qui y sont engagés » (1).

Passant à l'étude du rôle de la coutume, M. Gény dit qu'elle sert à combler les lacunes de la loi : « Si l'autorité des lois écrites paraît être arrivée à son apogée, leur formule reste manifestement impuissante à saisir les infinies nuances de la vie et à régler dans le détail les conséquences juridiques qu'elles comportent. Donc, tout au moins pour subvenir à cette impuissance, pour combler les lacunes de la loi et en faciliter la sûre application, la coutume conserve aujourd'hui son rôle nécessaire; et, les raisons générales énoncées plus haut commandent toujours d'y reconnaître une source formelle » (2).

M. Gény tire du principe que la coutume est une source formelle du droit, cette conséquence que toutes les fois que la coutume se pourra juxtaposer au texte, sans le contrarier dans ses termes, elle devra conserver, aux yeux de l'interprète, sa force créatrice et sa valeur formelle.

A cette place, nous devons faire deux remarques qui s'imposent :

D'une part, nous faisons nôtres tous les développements qui précèdent, relativement à la coutume :

(1) Gény, *op. cit.*, p. 300.
(2) Gény, *op. cit.*, p. 304.

nous avons, à son sujet, des idées analogues à celles de M. Gény, et nous avons pensé ne pouvoir mieux exprimer notre pensée qu'en reproduisant des fragments du livre de notre savant maître.

D'autre part, en ce qui concerne la longueur des développements que nous avons consacrés à l'étude de la coutume, envisagée en tant que source formelle de droit privé, nous pensons qu'elle était commandée par la nécessité dont nous avons déjà parlé, de faire l'énumération des sources formelles de droit privé : leur aperçu général fera mieux ressortir le rôle et l'importance de chacune, et nous permettra plus tard de mieux comprendre comment la tradition peut servir de base légale au système des astreintes.

Après la loi et la coutume, nous rencontrons les autorités et la tradition.

« A côté de la coutume proprement dite, dit M. Gény, se placent des forces sociales, moins actives et moins énergiques, qui, ramenées à leurs éléments irréductibles, consistent tout entières en opinions individuelles sur l'existence ou le contenu des règles de droit. En tant qu'elles émanent de personnes ou de corps, auxquels le jugement public reconnaît la compétence nécessaire, et que tant par leur nombre que par leur cohérence, elles représentent un faisceau imposant de témoignages en faveur de solutions juridiques, ces opinions, ou plutôt les forces sociales qui les traduisent et que nous qualifions suivant leur origine, tantôt Doc-

trine, tantôt Jurisprudence, peuvent être groupées sous la dénomination générique d'Autorités. Et quand cette Autorité est revêtue d'un cachet d'antiquité qui lui donne à la fois le prestige et la caducité d'un grand âge, elle devient une tradition. Entre Tradition et Autorité proprement dite (moderne), il n'existe pas, sauf circonstances particulières, une différence de nature, plutôt seulement une différence d'époque et de durée. Mais toutes deux, à mon sens, quand on les envisage dans leur essence simple, se séparent nettement de la vraie coutume juridique, en ce que leur substance et le fond même de leur puissance résident en des jugements détachés, exprimant le sentiment d'individualités plus ou moins marquantes, mais ne constituant en soi aucun usage de fait, et par eux-mêmes, ne révélant, en rien, une conviction juridique, comme à l'ensemble des intéressés » (1). Plus loin : « Rien, dans la nature de ces révélations du droit positif, qu'on appelle autorité ou tradition, doctrine ou jurisprudence, ne les exclue, à *priori*, de la catégorie des sources formelles.... Elles ne répugnent pas, de prime abord, à la notion de sources, si l'on veut seulement entendre l'expression, ainsi qu'elle doit l'être, en dehors de tout préjugé, un peu largement, comme désignant des directions de jugement pour l'interprète. J'ajoute que, non moins que la loi et la coutume, ces direc-

(1) Gény, *op. cit.*, p. 392.

tions peuvent être qualifiées sources formelles, puisque, pour l'interprète auquel elles se proposent, elles apparaissent comme des éléments, nettement extérieurs à lui, sous forme d'injonctions (plus ou moins impérieuses), de puissances, dominant toute appréciation subjective et manifestant une vérité plus ferme, — bien différentes, par conséquent, de ces circonstances multiples et flottantes, qui, ne valant que par l'action du sentiment intime et personnel de l'interprète, peuvent seulement inspirer la décision de celui-ci quand, faute de sources proprement dites, il en est réduit à la libre recherche » (1).

Ainsi définies, autorité et tradition constituent-elles une direction qui s'impose, en quelque mesure, à l'interprète?

Pour préciser, nous comprendrons sous le nom d'Autorités la doctrine et la jurisprudence qui se sont élaborées, depuis nos codifications, et sous le nom de Tradition, l'ensemble des autorités antérieures à nos codifications. En d'autres termes, nous opposerons la tradition historique aux Autorités modernes et nous rechercherons l'influence qui leur est dûe légitimement d'une façon respective.

Nous pensons que les Autorités n'ont pas, sous notre régime législatif actuel, un pouvoir de création juridique indépendant.

En ce qui concerne les décisions de la juris-

(1) Gény, *op. cit.*, p. 394.

prudence, certains auteurs ont prétendu qu'elles avaient un pouvoir créateur de droit privé.

M. Bartin, en 1892, dans la préface de ses « Etudes sur le régime dotal », écrivait : « Il est donc faux que la codification arrête l'évolution du droit... L'évolution du droit est un phénomème universel dont les conditions et le caractère varient seulement, suivant qu'elle se produit sous un régime de codification ou en dehors de la codification. Dans l'un et dans l'autre cas, on peut dire, et on a dit avec raison, que le juge ne borne pas son rôle à celui d'un pur interprète ; il « participe » réellement à la confection de la loi civile. Dans ces conditions, il y a une histoire possible de la jurisprudence et des institutions qu'elle fait mouvoir » (1).

En 1893, M. Lambert, dans son ouvrage sur « le Contrat en faveur de tiers » montre la jurisprudence moderne comme organe direct et suffisant d'un droit coutumier contemporain, capable d'engendrer ou de ranimer, dans le silence ou l'obscurité de la loi écrite, de véritables institutions juridiques (2).

D'autre part, dans le journal « *La Loi* », du jeudi 20 mai 1897, p. 455, dans un compte rendu du « Traité des Obligations » de MM. Hudelot et Metman, nous lisons ce qui suit : « Nous avons particulièrement remarqué l'importance qu'ils (les auteurs du livre dont on rend compte) attachent à la

(1) E. Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, 1892, Préface, p. IV-V.
(2) Ed. Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893, Introduction, p. VII-X.

jurisprudence, cette clinique du droit, dont l'étude s'impose davantage à mesure que nous nous éloignons de l'époque de la rédaction du Code civil, et qu'en présence des questions nouvelles, soumises aujourd'hui aux tribunaux et ignorées du législateur de 1804, nous sommes amenés à rechercher, non comment il les a résolues, mais comment il aurait pu les résoudre, s'il les avait examinées. C'est ainsi que nous sommes conduits, par la force des choses et le mouvement de la vie, vers un droit coutumier nouveau, qui n'emprunte plus guère au Code civil qu'une direction générale, suffisante pour assurer son unité... ».

Récemment, dans le tome premier de son livre intitulé : « La fonction du droit civil comparé », M. Lambert reprend la thèse du pouvoir créateur de la jurisprudence. A la page 803, où l'auteur arrive au point central de sa démonstration, nous lisons ce qui suit : « Les juges modernes sélectionnent, cultivent, émondent et redressent les productions spontanées de la vie juridique. Ils ont quotidiennement à faire acte de découverte et d'initiative... ».

Ce passage donne bien à entendre que la jurisprudence est une source de droit privé. Quelques lignes plus loin, une autre phrase de l'auteur corrobore cette manière de voir : « Ce qui est encore exact, c'est qu'aujourd'hui le législateur et la jurisprudence accomplissent leur tâche « commune » en recourant à des procédés fort différents ; que la jurisprudence travaille d'une façon plus fragmen-

taire, plus décousue, moins systématique ; qu'elle dissimule ses créations sous l'apparence fallacieuse d'une consécration ou d'une application du droit préexistant ; qu'elle agit, par conséquent, avec beaucoup moins de promptitude et de résolution que la législation... ».

Il nous est impossible d'accepter la théorie de M. Lambert. Nous pensons que la jurisprudence n'est pas une source formelle de droit privé pour des raisons d'ordre constitutionnel et d'ordre pratique.

1°) Raisons d'ordre constitutionnel. Le principe de la séparation des pouvoirs serait violé si le juge, chargé seulement de l'application de la loi, participait à l'élaboration du droit, et empiétait ainsi sur la fonction législative. A l'appui de cette solution, nous invoquons le passage suivant du livre de M. Gény : « D'après les principes incontestables de notre organisation politique, principes affirmés par de nombreux textes (loi des 16-24 août 1790, tit. II, art. 10 et 12 ; Constitut. des 3-14 septembre 1791, tit. III, chap. V, art. 3 ; Constitut. du 5 fructidor an III, art. 203 ; C. c., art. 5 ; C. pén., art. 127-1°), l'autorité judiciaire ne peut, en France, rien entreprendre sur la fonction législative. D'où résulte, ainsi que j'ai eu déjà l'occasion de l'annoncer (ci-dessus, n° 85, p. 181-182), que les décisions des tribunaux, de quelque ordre que ce soit, n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale, qui prétende s'imposer, à titre abstrait, en dehors de l'espèce,

pour laquelle elle serait légitimement formulée. Les juges sont chargés d'appliquer la loi, ou plus généralement de mettre en œuvre le Droit, soit exprès, soit latent. S'ils peuvent la créer pour une espèce déterminée, ils n'ont pas qualité pour l'ériger en précepte destiné à régir les cas à venir. Tel est, chez nous, le principe absolu... C'est pour mieux assurer l'exécution de ce principe, que nos lois ont rigoureusement interdit la pratique, si utile pourtant, à bien des égards, des arrêts de règlement... »

M. Gény conclut que dans notre organisation française moderne, les décisions de jurisprudence ne sauraient contenir des règles générales, qui aient, pour l'interprète, force obligatoire dans l'avenir.

Nous nous rallions à cette opinion.

M. Lambert, dans son livre précité, essaye de la renverser; d'après cet auteur, si nos lois constitutionnelles, par l'établissement du principe de la séparation des pouvoirs, ont essayé d'empêcher le rôle créateur de la jurisprudence, elles n'ont pas réussi : « Ce fait que, quand les tribunaux ont statué longtemps d'une manière uniforme sur une même question, ils cessent de la remettre indéfiniment à l'étude et que leur jurisprudence se fixe, n'est-il pas un des phénomènes les plus inévitables, une des lois les plus constantes, et d'ailleurs les plus heureuses, de l'évolution du droit? Pourquoi donc admettre que, si nos lois constitutionnelles ont tenté d'empê-

cher désormais la production de ce phénomène, elles l'ont pu ? » (1)

Ce n'est pas là, à notre avis, une réfutation suffisante. Nous prétendons que les décisions de la jurisprudence ne peuvent édicter des règles obligatoires qui s'imposent à l'interprète à l'égal de la loi. Pour combattre cette prétention, M. Lambert nous dit : A côté du sanctuaire des lois se forme un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines, et c'est là un phénomène inévitable.

Nous sommes sur ce dernier point de l'avis de M. Lambert. Les décisions de la jurisprudence interviennent journellement pour combler une lacune de la loi, mais ces décisions ne statuent qu'en vue d'un cas déterminé; elles ne solutionnent qu'une hypothèse particulière; il est impossible de les ériger en règles générales qui puissent s'imposer à l'interprète obligatoirement : le principe de la séparation des pouvoirs y met obstacle. M. Lambert n'a pas démontré le contraire. Il fait même une concession à notre théorie; page 165, il dit : « Certes, ce principe (le principe de la séparation des pouvoirs) empêche toujours que le juge puisse empiéter sur la fonction législative, c'est-à-dire participer à l'élaboration de la loi ».

Nous maintenons donc que le principe de la séparation des pouvoirs fait obstacle à ce que la

(1) LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, p. 162.

jurisprudence puisse être admise au nombre des sources formelles de droit privé.

2°) Raisons d'ordre pratique. Elles résident dans les inconvénients inhérents aux phénomènes de développement du droit par voie jurisprudentielle : phases d'incertitude résultant de l'absence de publicité. Il nous semble impossible de trouver un criterium qui permette de reconnaître mathématiquement que les précédents se sont consolidés en une jurisprudence constante et de déterminer le moment précis où cette transformation s'opère.

M. Lambert croit réfuter cette objection en disant, page 169 : « Quand les tribunaux s'aperçoivent que l'examen, maintes fois repris, d'une même question, conduit au même résultat, ils ont le droit de tenir ce résultat pour acquis... » Nous répondons à cet auteur : La difficulté est de déterminer l'instant où la jurisprudence se fixe définitivement sur une question. Or, c'est là un point capital. En effet, si l'on admet que la jurisprudence est une source formelle de droit privé, il faut pouvoir dire d'une façon absolument précise à partir de quel instant la nouvelle règle qu'elle établit sera obligatoire. Quel criterium employer pour atteindre ce but? M. Lambert ne l'indique pas. Il procède par affirmations, ce qui n'est pas une preuve suffisante. D'autre part, il ne dit pas comment il serait possible de remédier à l'absence de publicité inhérente au développement du droit par voie jurisprudentielle.

M. Lambert ne répond donc pas aux objections

que nous avons formulées. La doctrine qu'il préconise ne repose, nous le répétons, que sur des affirmations, et comme le dit M. Gény : « Si énergiques et décidées que ces affirmations puissent être, elles ne vaudront jamais le minimum de démonstration indispensable, pour un système qui prétend renverser toutes nos idées traditionnelles, en matière de création juridique, et qui contrarie ouvertement les principes les plus incontestables de toute notre organisation constitutionnelle ».

Ainsi, nous refusons à la jurisprudence le caractère de source formelle de droit privé.

Toutefois, d'une part, reconnaissons que les précédents judiciaires ont souvent une autorité considérable : en présence d'une solution, étayée d'une ferme jurisprudence, l'interprète est fondé à trancher ses hésitations personnelles dans le sens que lui indique l'autorité.

D'autre part, il est évident que la jurisprudence contribue souvent à la formation de sources de règles juridiques : fréquemment les jugements ouvrent la voie à la loi écrite, en préparant la disposition, en montrant la nécessité d'une règle nouvelle, et en suggérant son contenu... Mais nous maintenons que la jurisprudence n'est pas une force législative proprement dite.

En ce qui concerne la doctrine, il s'agit de savoir si les autorités doctrinales, du moins quand elles s'accordent pour faire masse sur un point de droit déterminé, ne peuvent pas constituer une puissance

de direction, obligatoire pour l'interprète. La solution négative fait encore moins doute qu'à l'endroit de la jurisprudence; car si l'on n'est pas arrêté par le principe de la séparation des pouvoirs, en revanche on ne voit pas du tout à quel titre une puissance, refusée à l'organe officiel de la justice (jurisprudence), pourrait, en l'absence de toute institution de juristes patentés, être reconnue à des savants, dont l'opinion ne traduit jamais que les efforts de raisons individuelles sans aucun caractère de publicité.

Pour en revenir à notre sujet des astreintes, nous tirons de la discussion qui précède cette conclusion qu'il est impossible de justifier légalement le système des astreintes en se basant sur le pouvoir créateur de source formelle de droit attribué à la jurisprudence qui s'est développée depuis l'établissement de notre codification.

Nous passons à la tradition. Avant de déterminer la valeur actuelle des traditions anciennes, nous devons rechercher quelle force la tradition avait dans l'ancien droit. Nous trouvons la réponse dans le livre de M. Gény : « Sous le régime de notre ancien droit, plus précisément avant les codifications modernes, les autorités traditionnelles avaient dans l'œuvre de l'interprétation juridique, et pour toute l'élaboration générale du droit positif une force indéterminée, mais considérable. On ne saurait s'en étonner. Dans un état social, où la loi écrite, en matière de droit privé, du moins, se trouvait réduite à un champ d'application si restreint, où la

coutume proprement dite était loin d'être fixée sur tous les points négligés par la législation, il fallait bien trouver dans les précédents un succédané de direction pour l'interprète... Les précédents s'accumulaient sans cesse, issus de toutes les époques, venant de tous les points de l'horizon, sans que l'un détruisît l'autre, chacun ayant sa valeur individuelle suivant sa source précise, mais de telle sorte pourtant, que leur force effective dépendît de leur masse, et qu'une règle juridique, consacrée par de semblables témoignages, n'eût de valeur sérieuse que lorsqu'elle résultait d'un bloc imposant d'autorités, telle qu'une « *communis opinio doctorum* », ou une jurisprudence assise sur de nombreux arrêts » (1).

M. Gény examine ensuite quelle est la valeur actuelle des traditions anciennes : « Cette force de la tradition, — qui se rencontre encore dans tous les pays sans législation codifiée, et que notamment (pour ne pas parler ici de l'Angleterre ou de ses filiales juridiques), on retrouve, avec des traits semblables à ceux de notre ancien droit, sauf l'effet d'une réception plus complète des droits romain et canonique, dans les pays du droit commun allemand, jusqu'à l'entrée en vigueur du « *Bürgerliches Gesetzbuch* », — doit-elle, peut-elle même être, depuis nos Codes, reconnue en France, au profit de l'œuvre doctrinale ou jurisprudentielle antérieure... Dans le domaine embrassé par nos codifications, c'est-à-dire,

(1) Gény, *op. cit.*, p. 403 et suivantes.

si nous nous en tenons toujours au droit privé, pour les matières civiles, faisant l'objet des titres du Code, réunis par la loi du 30 ventôse an XII, pour toute la procédure civile (art. 1041, C. pr. c.), pour toutes les matières commerciales (loi du 15 septembre 1807), ou pour toutes autres matières juridiques, codifiées par des lois plus récentes (exemple : article 218, Code forestier, etc...), les traditions antérieures à chacune de ces codifications ne conservent pas aujourd'hui la force créatrice qu'elles avaient autrefois... Mais toutes ces solutions ne sont exactes que sur le terrain de la codification, telle qu'elle a été réalisée chez nous. Hors de là, je n'hésiterais pas à penser que les autorités anciennes doivent conserver la force qu'elles avaient autrefois, atténuée seulement par l'effet du temps et par la réaction inévitable de tout le mouvement codificateur sur l'ensemble du droit privé. Il en résulte que, dans les rares et maigres matières, qui ont échappé à la codification formelle, on peut aujourd'hui faire valoir les traditions anciennes, les maximes accréditées par les auteurs, la jurisprudence jadis établie, à titre d'autorité proprement dite... » (1).

En résumé, nous pensons avec M. Gény, que sous notre régime actuel de codification, il est impossible de maintenir aux traditions anciennes la force productive indépendante dont elles ont pu jouir autrefois, en ce qui concerne les matières traitées dans

(1) Gény, *op. cit.*, p. 406 et suivantes.

nos Codes. Mais si elles ne doivent pas, dans le domaine par eux déchiffré, compter au nombre des sources formelles de notre droit moderne, du moins, pour toutes les matières que le législateur a laissées sous l'empire du droit ancien, elles conservent leur force d'autrefois.

Tels sont les principes qui doivent nous guider. Si nous les appliquons à la matière des astreintes, quels résultats donneront-ils ?

Nous avons vu, d'une part, qu'elles étaient fréquemment employées dans l'ancien droit ; leur théorie non réglementée par la loi écrite, résultait d'un bloc imposant d'autorités, à la fois d'une « *communis opinio doctorum* » et d'une jurisprudence assise sur de nombreux arrêts, ainsi que nous l'avons indiqué en faisant l'historique de la question ; elle était donc légale, puisque ces autorités anciennes avaient un pouvoir créateur de source formelle.

D'autre part nous savons que le législateur n'a pas parlé de la question des astreintes. Nous concluons qu'elles ont conservé leur force d'autrefois (c'était, nous l'avons montré, la force de la loi), et que la tradition en matière d'astreintes sert de base légale au système de la jurisprudence moderne.

Il y a une lacune de la loi : les juges ont le droit de la combler en se servant des autorités traditionnelles ; le procédé est légal.

CONCLUSION

I. — Nos principaux griefs contre le système de la jurisprudence sont les suivants :

1°) Beaucoup de décisions ne font pas la distinction qui doit être faite entre la théorie des dommages-intérêts et la théorie des astreintes, ainsi que nous l'avons montré. Quelle en est la raison ? D'une part, pensons-nous, parce qu'une certaine analogie (mais analogie qui n'est qu'apparente) existe entre ces deux théories. D'autre part, parce que les juges, croyant avoir créé le système des astreintes de toutes pièces, y voient le résultat d'une pratique prétorienne qui ne peut avoir force de loi par elle-même, et veulent le rattacher à la théorie des dommages-intérêts du Code civil.

2°) De nombreux arrêts font une distinction entre le refus d'exécuter et le retard apporté dans l'exécution. Certains auteurs font cette même distinction. Rappelons que, d'après MM. Aubry et Rau, si l'obligation exige pour son exécution le concours de la volonté du débiteur, ce dernier « ne peut être

contraint personnellement à exécuter; en cas de refus de sa part, une telle obligation se résout en dommages-intérêts » (1).

D'après M. Meynial, « c'est alors (au cas de refus d'exécuter), qu'il est vrai de dire que l'exécution forcée serait immorale ou impossible : impossible quand l'objet de l'obligation est tel que sa qualité dépend de la volonté libre du débiteur (par exemple un tableau à peindre), immorale dans tous les autres cas » (2).

Quelle est la raison de la distinction? On a dit : en cas de refus du débiteur d'exécuter son obligation, la jurisprudence recule devant l'emploi de la contrainte sur sa volonté, parce qu'elle est moins légitime qu'en cas de retard.

Nous pensons le contraire : s'il y a de bonnes raisons pour employer l'astreinte, c'est au cas de refus d'exécution manifesté par le débiteur : la contrainte n'est pas plus immorale en ce cas qu'en cas de retard, et elle est surtout très utile pour triompher de la résistance de ce débiteur. Il faut admettre d'une façon générale la contrainte sur la volonté ou la repousser complètement. Sans doute, elle sera inutile si le débiteur persiste dans son refus; mais devant la menace qui lui est faite, il est possible qu'il change d'avis, qu'il se décide à fournir l'exécution en nature. L'astreinte employée en cas de refus

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 41.
(2) Meynial, *op. cit.*, p. 416.

est donc utile ; d'autre part, elle n'est pas immorale, car il n'est pas immoral d'exercer une contrainte indirecte sur les biens d'un débiteur afin de l'obliger à exécuter la convention qu'il a contractée en connaissance de cause, en pleine possession de son jugement.

Plusieurs décisions de jurisprudence ont, du reste, statué en ce sens (1).

3°) Dans l'application qu'elle fait de la théorie des astreintes aux obligations légales, la jurisprudence oscille entre l'idée de contrainte et celle de dommages-intérêts, comme elle le fait pour les obligations conventionnelles (par exemple, affaire de Beauffremont) ; si, pour ces dernières, on peut comprendre qu'elles se résolvent dans certaines hypothèses en dommages-intérêts, il ne peut en être de même pour les obligations légales ; elles ne peuvent jamais se résoudre en dommages-intérêts ayant le caractère de réparation d'un préjudice, car leur caractère changerait, ce qui ne doit pas être, car elles sont perpétuelles ; leur objet ne peut être noyé en une créance de somme d'argent : si l'obligation légale peut donner lieu à une condamnation à des dommages-intérêts soit à raison du retard apporté à l'exécution, soit à raison du refus d'exécution, le caractère de l'obligation reste le même en ce sens que le débiteur reste tenu à la fois de l'obligation légale et des condamnations pécuniaires.

(1) V. notamment Cass., 25 mars 1857 (S., 57, I, 267) ; — Cass., 8 novembre 1864 (S., 65, 1, 318).

4°) Quant aux obligations délictuelles, nous approuvons les juges qui leur appliquent le procédé de l'astreinte.

M. Croissant est d'un avis contraire : « Si le délit n'existe pas, dit-il, on ne peut le prévoir et le sanctionner pas plus civilement que correctionnellement » (1).

Nous pensons au contraire que les tribunaux qui emploient l'astreinte dans ces circonstances ne punissent pas un délit qui n'existe pas encore ; mais ils sanctionnent un ordre qu'ils ont le droit de donner ou une défense qu'ils ont le droit de faire, en vertu du pouvoir de commandement qui leur appartient.

D'ailleurs les juges, par l'emploi du procédé de l'astreinte en matière d'obligations délictuelles empêchent de commettre nombre de délits ; ils font donc œuvre utile.

II. — Réserve faite des griefs que nous avons formulés contre le système des astreintes, tel qu'il est pratiqué par la jurisprudence, nous pensons que ce système est légal ; l'histoire du droit « physique expérimentale de la jurisprudence », suivant la belle expression de M. Gény, le démontre.

Ayant, d'une part, justifié les caractères des astreintes et réfuté les objections faites par la doctrine à la théorie de la jurisprudence ; ayant d'autre part montré que le législateur non seulement ne

(1) Croissant, *op. cit.*, p. 122.

s'opposait pas à l'emploi de l'astreinte, mais encore consacrait dans un de ses articles le pouvoir de commandement du juge, qui en est un des éléments essentiels ; — et que le procédé de l'astreinte était en usage dans notre ancien droit où il avait force légale, nous pensons avoir établi que ce procédé est encore légal aujourd'hui, car nous avons démontré que le législateur n'ayant pas prévu la question des astreintes, les traditions anciennes avaient force de loi en la matière.

Si nous avons contre nous l'opinion d'une partie de la doctrine, nous pouvons du moins invoquer à l'appui de notre solution l'autorité de maîtres éminents.

Nous constatons, du reste, qu'il y a une tendance générale des auteurs, favorable à la reconnaissance de la légalité des astreintes (théories de MM. Labbé, Aubry et Rau, Meynial, Esmein, Leroux).

Nous avons conscience d'avoir défendu une théorie dont les adversaires eux-mêmes ont reconnu l'utilité. Le code civil ayant posé le principe de l'exécution en nature des obligations, elle en facilite la mise en pratique en permettant de triompher de la résistance du débiteur. Grâce à elle, recevront exécution nombre d'obligations légales qui ne peuvent se résoudre en une dette de somme d'argent. Elle permet aussi d'arriver à l'exécution d'obligations dont l'inexécution cause un préjudice moral.

III. — La vraie nature de l'astreinte étant une menace rentrant dans le pouvoir de commandement

du juge, et ce dernier possédant encore aujourd'hui ce pouvoir de commandement, il est facile de justifier les solutions données par les décisions de la jurisprudence.

L'astreinte est dûe à raison du retard non dans l'exécution de l'obligation, mais dans l'exécution de l'ordre du juge.

Le juge a l'intention, lorsqu'il se sert de l'astreinte, de punir une désobéissance, et non de réparer un préjudice ; il est donc inutile qu'il envisage si le préjudice existe, ou si, au contraire, il fait défaut. Aussi peut-il, lorsque l'ordre n'a pas été exécuté, ou n'a été exécuté que tardivement, maintenir les astreintes déjà encourues, tout en allouant, s'il y a lieu, des dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation en vertu de l'article 1142 ou de l'article 1139. Néanmoins, le juge peut imputer les astreintes sur les dommages-intérêts compensatoires et moratoires, car il aurait le droit de les rapporter entièrement.

La nature vraie de l'astreinte étant une menace, son caractère comminatoire ne fait plus aucune difficulté : « Quand l'ordre a été exécuté à la satisfaction du juge, il retire la menace. Il peut rapporter en tout ou en partie les dommages-intérêts dont il s'agit. En les prononçant, il n'a pas fait acte de juridiction : il a commandé et rendu un règlement particulier à une affaire, tendant d'ailleurs à la pleine satisfaction du droit, dont, comme juge, il a reconnu l'existence. Comme tout magistrat investi

de l' « *imperium* », il peut retirer le commandement qu'il avait émis; comme toute autorité investie du pouvoir de réglementer, il peut rapporter le règlement qu'il avait édicté » (1).

Enfin, si la menace est inefficace, le juge peut la renforcer, en édictant une astreinte plus forte que la première, dont l'expérience a montré l'insuffisance.

IV. — Si une réforme législative n'est pas nécessaire pour établir la légalité de la théorie des astreintes, nous pensons toutefois qu'elle serait d'une grande utilité pour déterminer son champ d'application : les juges font en effet l'emploi le plus variable de l'astreinte; aucun criterium ne les guide. Il faudrait établir des principes directeurs, dont la mise en pratique permettrait d'obtenir dans les décisions de la jurisprudence une cohésion qui manque actuellement, et de faire la distinction bien nette entre la théorie des dommages-intérêts et celle des astreintes; dès qu'il s'agirait de réparation d'un préjudice, la première théorie serait seule applicable; les astreintes seraient uniquement un procédé ayant pour but de contraindre le débiteur à fournir l'exécution en nature de l'obligation, par le moyen d'une menace sanctionnée par une condamnation pécuniaire dont le but serait étranger à la réparation d'un préjudice.

Le législateur devrait aussi déterminer le taux de

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 36.

l'astreinte, afin d'uniformiser les décisions de la jurisprudence.

Nous ne pensons pas qu'il faille généraliser le procédé employé par la loi du 5 décembre 1901 qui a sanctionné pénalement l'inexécution d'une obligation légale. L'idée de faire de l'inexécution de toute obligation un délit, nous paraît excessive. Remarquons, du reste, que la loi de 1901, étant relative à une obligation légale, intéressant au plus haut point l'ordre public (puisqu'elle se rattache à l'organisation de la famille), la solution particulière qu'elle a donnée, peut sembler rationnelle en l'espèce; mais sa généralisation n'est pas à souhaiter; il n'est pas logique que l'État bénéficie de l'amende infligée au débiteur, ainsi qu'il arrive avec la loi de 1901.

Il serait déjà plus rationnel d'en attribuer le profit au créancier, ainsi que cela a lieu dans le système de la peine civile.

Mais la théorie des astreintes, avec la règlementation législative que nous avons indiquée, nous semblerait pouvoir satisfaire à tous les besoins de la pratique.

VU :

E. GAUDEMET

VU :

Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,

E. BAILLY

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 26 novembre 1904.

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

D'Argentré, Commentarii consuetudines ducatus Britanniæ, édit. Paris, 1628, des Justices, art. 19, Exécuter, n° 4.

Bodin, Des six livres de la République, liv. III, chap. V, édit. de Genève, 1629, p. 429 et 430.

Loyseau, Traité des Offices, liv. I, chap. V, nos 19 et suiv. ; — n° 48.

Toubeau, Institutes de droit consulaire, liv. I, titre 15, chap. II et titre 23.

Ordonnance de 1667, titre 32, article 1.

Claude de Ferrière, La jurisprudence du Code de Justinien, Paris, 1686, tit. 2, p. 209.

Pothier, Traité de la vente, n° 68 ; Traité du louage, n° 66.

Henrion de Pansey, De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques, chap. IV, Paris, 1810, p. 101 et suiv.

Locré, Législation civile, t. XII, p. 433 ; t. XXI, p. 18 ; t. XXIII, p. 448.

Fenet, Travaux préparatoires, t. IX, p. 79 ; t. XIII, p. 229 et 232.

Larombière, Obligations, t. I, p. 531.

Demante et Colmet de Santerre, p. 85, article 1142, section III, § 59, liv. 5.

Ihering, Œuvres choisies, traduction Meulenaere, t. II, p. 155 et suiv.

Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. XXIV, n° 493 in fine ; nos 496 et 498.

Stuart Mill, *Liberté*, p. 187.

Laurent, Droit civil, n° 299 in fine, n° 301.

Girard, Droit romain, p. 195.

Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. VII, nos 135 et 136.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. IV, p. 38 et suiv. ; p. 41, 42, texte et note 16 ; t. VIII, p. 367.
Planiol, Traité élémentaire de droit civil, nos 223 et 233.
Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats, t. I, nos 421, 431, 433, 440, 479.
Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure civile, t. III, p. 206 ; p. 450.
Labbé, Encore l'affaire de Beauffremont, dans la *Revue pratique de droit français*, t. L., 1881, p. 82-83.
E. Bartin, Etudes sur le régime dotal, 1892, Préface, p. IV-V.
Ed. Lambert, Du contrat en faveur de tiers, 1893, Introduction, p. VII-X. — Du même auteur : La fonction du droit civil comparé, p. 162, 165, 169, 803.
Meynial, De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, dans la *Revue pratique de droit français*, 1884, t. LVI, p. 416, 437, 438, 475.
Chausse, De l'intérêt d'affection, *Revue critique*, 1895, t. XXIV, p. 437 in fine, p. 444, 445.
Gény, Méthode d'interprétation en droit privé positif, p. 278, 280, 300, 304, 392, 394, 403 et suiv.
Boistel, Cours de philosophie du droit, t. I, nos 17-24, 30-39.
Esmein, L'Origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, no 1, p. 21, 36, 38 et suiv., 50.
Massin, De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire, thèse, Paris, 1893.
Croissant, Des Astreintes, thèse, Paris, 1898, p. 122, 172.
Marc Brésard, La théorie des astreintes, thèse, Lyon, 1901, p. 97.
Dorville, De l'intérêt moral dans les obligations, thèse, 1901, p. 70-71.
Leroux, Les Astreintes, thèse, Paris, 1902, p. 125, 136 et suiv., 142 et suiv.
Berryer, Les Astreintes, thèse, Paris, 1903.
Recueils de lois et de jurisprudence.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. 3

PREMIÈRE PARTIE

Analyse de la Jurisprudence en matière d'astreintes.

SECTION I. — Règles sur l'exécution des obligations en général, et, en particulier, des obligations de faire et de ne pas faire. 9

SECTION II. — Evolution du système des astreintes. . . . 19

SECTION III. — Applications du système des astreintes. . . 32

§ *I*er. — Obligations de donner 32

§ *II*. — Obligations conventionnelles ayant pour objet un fait (personnel ou non personnel) 33

§ *III*. — Obligations légales 34

§ *IV*. — Obligations délictuelles 40

SECTION IV. — But véritable du système des astreintes et détermination de la nature de l'astreinte . 42

DEUXIÈME PARTIE

Critique de la Jurisprudence.

SECTION I. — Arguments tirés du droit positif qui militent en faveur de la légalité du système des astreintes. 47

§ *I*er. — Droit romain 48

§ *II*. — Ancien droit français 51

§ *III*. — Le Code civil et le Code de procédure civile . . 58

Section II. — Exposé et réfutation des objections faites par la doctrine au système des astreintes . . . 62
1°) Toutes les espèces de contrainte étant interdites (article 1142, C. c.), l'astreinte qui est un mode de contrainte, est illégale 62
2°) Violation de la règle que les dommages-intérêts doivent être proportionnés au préjudice (articles 1382 et 1149, C. c.) 67
3°) Les juges ne peuvent fixer des dommages-intérêts pour l'avenir à tant par jour de retard (article 1147, C. c.); or, ils le font en se servant de l'astreinte. 71
4°) L'emploi de l'astreinte a pour résultat d'accorder un terme au créancier; or le terme ne peut être accordé qu'au débiteur (article 1244, C. c.). . . 72
5°) Violation des principes de l'autorité de la chose jugée et du dessaisissement du juge (article 1350 et 1351, C. c., et article 1029, C. pr. c.) 73
6°) Violation des principes d'après lesquels il n'y a pas de peine sans texte et pas de peine arbitraire. . 77
7°) L'astreinte est une voie d'exécution; or, les voies d'exécution devant toutes être déterminées par la loi, et celle-ci gardant le silence sur le procédé des astreintes, il en résulte que ce dernier est illégal 81
8°) Excès de pouvoir 82
9°) Violation de la règle que les jugements doivent être motivés 84
Section III. — Exposé et critique de diverses théories justificatives du système des astreintes (théories de MM. Labbé, Aubry et Rau, Meynial, Esmein, Leroux) 85
Section IV. — Justification de l'astreinte 112
§ *I*er. — Justification théorique 112
§ *II*. — Essai de justification légale. 113
Conclusion 135
Index Bibliographique 145

Dijon. — Imprimerie Régionale.